Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Chriſtian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

Neunzehnten Theils erſte Abtheilung.

Erlangen
in der Palmiſchen Verlagsbuchhandlung.
1817.

STAATSBIBLIOTHEK
BAMBERG

Fortſetzung des Titels
In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

§. 1087.[b]

Gläubiger, welche ein ſpecielles geſetzliches Pfandrecht haben.

Eine geſetzliche Specialhypothek hat III. derjenige, welcher zur Wiederherſtellung eines vernichteten oder verfallenen Gebäudes namentlich und ausdrücklich Geld dargeliehen hat, auf dem mit dieſem Gelde wirklich wiederhergeſtellten Gebäude. Von dieſem Pfandrechte redet **Papinian** *L.* 1. *D. h. t.*[1]) wo er ſagt: Senatusconsulto, quod

1) Es ſind hierüber folgende Schriften zu bemerken. *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. II. Cap. 13. *Iohann. de* BACK Diss. philolog. iurid. inaug ad L. 1. π. in quib. causs. pignus vel hypoth. tacite contrah. *Lugd. Batav.* 1724. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid. select. in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. Nr. XXI.) *Io. Iul.* SURLAND Commentat. ad eand. Leg. *Francof. ad Viadr.* 1755. *Io. Ortw.* WESTENBERGII Divus Marcus. Diss. XLI. (Operum a *Io. Henr* IUNGIO editor. Tom. III. pag. 356.) *Car. Frid.* WALCH Diss. de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae. *Ienae* 1771. *Ge. Lud.* BOEHMERI Electa iuris civ. Tom. I. Exercit. XII. §. 9. sqq. u. J. H. Zirkler's Reviſion der wichtigſten Lehren des poſitiven Rechts 2. Theil S. 182 — 208.

quod sub *Marco* Imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, domino mandante, nummos ministravit. Aus dieſer Stelle ergiebt ſich, daß durch einen auf den Antrag des Kaiſers **Marcus** Aurelius gemachten Senatsſchluß dieſes Pfandrecht iſt eingeführt worden. Eben dieſes Senatusconſultum enthielt aber, wie **Cujaz**[2]) dafürhält, noch ein anders Kapitel, welches einem Socius, der das verfallene gemeinſchaftliche Haus auf ſeine Koſten wiederherſtellt, weil der andere, aller Aufforderung ungeachtet, dazu keine Anſtalt machte, oder ſich um den Bau nicht weiter bekümmerte, nach vier Monaten das Eigenthum des Hauſes zuſpricht, wenn der andere Miteigenthümer nicht binnen dieſer Zeit das auf den Bau verwandte Kapital zu ſeinem Antheile mit zwölf Procent erſtattet hat. **Ulpian** hat uns den Inhalt von dieſem Kapitel des Senatusconſultum aus **Papinian** aufbehalten, in einer aus libro XXXI. ad Edictum entlehnten Stelle, welche in den Pandecten folgendergeſtalt lautet.

L. 52. §. 10. *D. pro Socio.* Idem (PAPINIANUS) respondit, Socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum certis usuris[3]) intra quatuor menses, postquam opus

2) Observation. Lib. XIX. Cap. 20.

3) Accurſius bemerkt hier, daß ſtatt certis usuris auch *centesimis usuris* geleſen werde. Dieſe Leſeart billigen auch mit Verweiſung auf *L. 4. Cod. de aedificiis privatis, Ger*NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 5. (Oper. T. I. pag.

opus refectum erit, recipere potest, exigendoque privilegio utetur, aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur, quod sua intererat. Finge enim, malle eum magis suum consequi [4]), quam dominium insulae: *Oratio* enim DIVI MARCI *idcirco quatuor mensibus finit certas usuras, quia post quatuor dominium dedit.*

Auſſer jener Hypothek hatte jedoch eben dieſer Kaiſer, allem Anſehen nach ſchon früher [5]), durch ein Edict dem Gläubiger, welcher zum Wiederaufbau eines vernichteten Gebäudes Geld vorgeſchoſſen hat, ſeiner Forderung wegen ein perſönliches Privilegium gegeben; deſſen **Ulpian** an mehreren Orten gedenkt.

L. 25.

pag. 214.) POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XVII. Tit 2. Nr. LIII. not. c. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 52. §. 10. D. pro Socio, und *Io. de* BACK cit. Diss. Cap. IV. pag. 101. Allein ich wage es dennoch nicht, von der florentiniſchen Leſeart abzugehen. Denn daß Papinian cum *certis* usuris geſagt habe, erhellet ja aus den letztern Worten, wo es wieder *certas* usuras heißt. Auch die Griechen haben nur μετὰ τόκων überſetzt, wie *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. libro II. cap. 39. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. III. pag. 1514.) und aus ihm BAUDOZA CESTIUS in ſeiner Ausgabe des Corp. iur. civ. bemerkt haben.

4) Die Leſeart des Haloander: Finge enim hoc, malle eum suum *non* consequi, iſt ſchlechterdings zu verwerfen, und *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. IV. cap. 17. nennt ſie mit Recht abſurd.

5) Eben dieſes behaupten auch WESTENBERG in D. Marco Diss. XLI. §. 12. WALCH Diss. cit. Sect. I. §. 5. et 6. und Dabelow Lehre vom Concurſe der Gläubiger. S. 198.

L. 25. *D. de rebus credit.* ULPIANUS *lib. sing. de officio Consulum.* Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, privilegium exigendi habebit.

L. 1. *D. de cessione bonorum.* ULPIANUS *libro XVII. ad Edictum.* Creditori, qui *ob restitutionem aedificiorum* crediderit, privilegium exigendi datur.

L. 24. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* ULPIANUS *Lib. LXIII. ad Edictum.* Divus MARCUS ita edixit: creditor, qui *ob restitutionem aedificiorum* crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit: quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori, domino mandante, pecuniam subministrávit.

Daß zwiſchen dieſen Stellen des **Ulpian** und dem oben angeführten Fragment des **Papinian** kein Widerſpruch ſey, ſondern beyde von ganz verſchiedenen Geſetzen ſprechen, leuchtet in die Augen. **Peter Burmann**[6]) irrt daher offenbar, wenn er glaubt, durch das Edict des Kaiſers **Marcus** ſey das Senatus-Conſult nur beſtätiget worden. Zwar iſt der Fall in dem Röm. Recht nicht ſelten, daß dasjenige, was durch ein Senatusconſult iſt eingeführt worden, auch einem kaiſerlichen Edict zugeſchrieben wird[7]); allein

6) Diss. de Vectigalibus Pop. Rom. *Leidae* 1734. 4. Cap. VI. pag. 87.

7) Beyſpiele enthalten *L.* 3. *Cod. de his, qui sibi adscribunt in testamento. L.* 15. *D. ad Leg. Corneliam de falsis. L.* 2. *Cod. de aedific. privatis.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS Comm.

allein daß dieſes hier der Fall nicht ſeyn könne, erhellet ja aus dem Inhalt dieſer Geſetze ganz klar, oder man müßte nicht wiſſen, daß das pignus insulae creditori datum, wovon das Senatus-Conſult ſpricht, von dem privilegium exigendi, welches in dem Edict des Kaiſers **Marcus** dem Gläubiger gegeben wird, verſchieden ſey. Die Meinung aber, daß **Papinian** auch nur von einem privilegium exigendi geredet habe, und daß das Fragment, was aus ſeinen libris Responsorum in die Pandecten gekommen iſt, vom **Tribonian**, oder von einer frühern Hand verfälſcht ſey, iſt eben ſo höchſt unwahrſcheinlich, als ohne Grund die Behauptung, es ſey ein Irrthum, wenn **Ulpian** ſagt: *Divus* MARCUS *edixit*[8]). **Papinian** und **Ulpian** gedenken zwar freylich beyde des redemtoris, und jeder in Beziehung auf ſein Geſetz, von welchem er redet, aber doch, wie ſchon **Walch**[9]) ſehr richtig bemerkt hat, auf eine ſo verſchiedene Art, daß ſchon hierin der ſtärkſte Beweis liegt, daß ſie von ganz verſchiedenen Geſetzen reden. Denn wenn **Papinian** ſagt: pignus insulae ad eum quoque *pertinebit*, qui redemptori, domino mandante, nummos ministravit, ſo giebt er durch das tempus futurum nicht undeutlich zu verſtehen, daß hier das Senatus-Conſult

Comm. ad L. 4. Cod. Theod. de Senatorib. *de* BACK Dissert. cit. Cap. III. pag. 85. *Io. Aug.* BACH Histor. iurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. III. §. 1. u. *Andr. Guil.* CRAMERI D. Vespasianus. *Ienae* 1785. pag. 150.

8) S. Meißner's Darſtellung der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrecht §. 76. S. 193. u. 194.

9) Cit. Diss. Sect. I. §. 6.

ſult blos auf den Redemptor ausgedehnt werde; dahingegen **Ulpian**, wenn er nach Anführung der Worte des Edicts hinzufügt, quod ad eum quoque *pertinet*, qui redemtori, domino mandante, pecuniam ſubminiſtravit, ſich ſo ausdrückt, daß nicht zu zweifeln iſt, es ſey davon in dem Edict ſelbſt die Rede geweſen, und daß es **Papinian** eben deswegen nur analogiſch auf das Senatus-Conſult übertragen habe. Es iſt übrigens ein ſchwacher Grund, wenn man ſagt[10]), es müſſe das Senatus Conſult ſchon darum jünger, als das Edict, ſeyn, weil dem Gläubiger, der ſchon eine ſtillſchweigende Hypothek hatte, mit einem privilegium exigendi nichts mehr gedient geweſen wäre. Denn daraus würde folgen, daß nun das letztere für den Gläubiger keinen weitern Nutzen habe, welches ſich aber keinesweges behaupten läßt, indem ihm dieſes Privilegium unter den chirographariſchen Gläubigern in dem Falle noch ſehr wohl zu ſtatten kommen kann, wenn er aus dem Verkaufe des ihm geſetzlich verpfändeten Gebäudes ſeine völlige Befriedigung nicht erhalten hat[11]). Die nächſte Veranlaſſung zu der Begünſtigung des Gläubigers, welche derſelbe dem Kaiſer **Marcus Aurelius** verdankt, mag nun entweder, wie man ſagt, eine große Ueberſchwemmung der Tiber, die nach der Erzählung des **Julius Capitolinus**[12]) viele Gebäude in Rom zerſtört hatte, oder auch die Wiederherſtel-

10) *Chriſt. Lud.* RUNDE Commentat. de hiſtoria, indole, ac vi remediorum ſecuritatis. §. 51. Not. e. pag. 61.

11) S. WALCH cit. Diſs. Sect. II. §. 11. Meißner §. 76 S. 195.

12) Vita *M. Antonini*. Cap. 8.

ſtellung vieler auswärtiger Städte, unter denen vorzüglich Carthago, Epheſus und Nicomedien genennet werden, welche nach einer Nachricht des Aurelius Victor[13]) durch Feuer und Erdbeben faſt ganz verwüſtet worden waren, geweſen ſeyn; für die Interpretation iſt dieſes gleichgültig, und man kann es alſo dahin geſtellt ſeyn laſſen. Intereſſanter hingegen iſt es, den Grund zu wiſſen, warum man den Gläubiger, der zur Wiederherſtellung ſolcher vernichteten Gebäude Geld dargeliehen, einer ſolchen Begünſtigung würdig gehalten hat. Die meiſten Rechtsgelehrten[14]) ſetzen denſelben in der auſſerordentlichen Sorgfalt der Römer für die Erhaltung der Gebäude zur Zierde der Stadt. Denn ſo viel eine Stadt durch den Ruin derſelben an ihrer Schönheit verliert, eben ſo ſehr hätten ſich's die Geſetzgeber angelegen ſeyn laſſen, demjenigen, der ſich in der Nothwendigkeit zu bauen befindet, durch vermehrte Sicherheit einen deſto bereiteren Credit zu verſchaffen. Es iſt allerdings nicht zu verkennen, wie ſehr es den Römern von je her am Herzen gelegen, die Schönheit der Städte, inſonderheit aber den Glanz der Stadt Rom zu erhalten, und wie ſehr ſie daher für die Wiederherſtellung verfallener und verwüſteter Gebäude, aber auch für Abwendung alles Ruins derſelben geſorgt haben. Eine ganze Reihe älterer Geſetze, welche alle dahin abzweck-

13) *De Caesaribus*. Cap. 16.

14) WESTENBERG D. Marcus. Diss. XLI. §. 9. SURLAND cit. Diss. ad L. 1. D. h. t. §. 8. WALCH Diss. cit. Sect. I. §. 2. sqq. Dabelow Lehre vom Concurſe der Gläubiger S. 197. und vorzüglich AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 13. n. 6 — 8.

zweckten, ne urbs ruinis deformetur, beweiſen dieſes augenſcheinlich. Dieß iſt der Grund, warum ſchon die Geſetze der zwölf Tafeln gegen denjenigen, welcher mit fremden Materialien ein Gebäude errichtet hat, ſo lange daſſelbe ſtand, keine Vindication, ſondern blos eine Klage auf doppelten Erſatz (actio de tigno iuncto) geſtatteten [15]). Ja, um bey einer entſtandenen Feuersgefahr den Häuſern von allen Seiten beykommen zu können, ſollte nach eben dieſen Geſetzen zwiſchen jedem Gebäude ein leerer Raum (ambitus) von wenigſtens zwey Fuß und einem halben (sestertius pes) gelaſſen werden [16]). Daher nannte man die durch einen ſolchen Raum von einander abgeſonderten Gebäude urſprünglich Insulae, von welchen weiter unten gehandelt werden wird [17]). Um allen Ruin und Verunzierung der Gebäude zu verhüten, gab auch der Prätor das Interdict *Ne quid in loco publico fiat.* Denn Labeo erklärte den Ausdruck locus publicus ſo, daß auch Insulae darunter begriffen wären [18]), und

15) *§. 29. I. de Rerum divis. L. 1. pr. D. de tigno iuncto.* S. *Bern. Ioh. van* HARSCAMP Disput. de tigno iuncto. *Traj. ad Rhen.* 1730. Cap. 2. et 3. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertation. iurid. selectiss. in acad. Belgic. habitar.* Vol. II. Tom. I. Nr. VIII. pag. 431. sqq.)

16) AMBITUS PARIETUM SESTERTIUS PES ESTO. VARRO *de Lingua Lat. Lib. IV. nr.* 4. FESTUS voc. *Ambitus.* Hierauf bezieht ſich auch das *legitimum spatium* a vicina insula, deſſen in der *L.* 14. *D. de Servit. praed. urbanor.* gedacht wird. S. BRISSONIUS Select. Antiquit. Lib. I. Cap. 2.

17) *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XIX. cap. 21.

18) *L. 2. pr. et §. 3. D. Ne quid in loco publico.*

und **Ulpian** ſagt [19]), wenn Jemand auf einen öffentlichen Ort gebaut hätte, ohne daß es ihm Jemand verbot, ſo könne man ihn nicht zwingen, das Gebäude wieder einzureiſen, *ne ruinis Urbs deformetur.* Deswegen verbot auch das Claudianiſche Senatusconſult vom Jahr 801. alte Häuſer zu kaufen, um ſie niederzureiſen, und die Materialien mit Vortheil zu verkaufen [20]). Der Käufer mußte zur Strafe die Kaufſumme doppelt an den Fiscus bezahlen [21]). Kr. **Vespaſian** beſtättigte nicht nur dieſes Senatusconſult durch ein Edict, worin er auch Verzierungen (marmora) von Häuſern wieder wegzunehmen verbot [22]); ſondern erlaubte ſogar, leere Brandſtellen wegzunehmen, um die Gebäude wieder herzuſtellen, wenn die Beſitzer derſelben den Aufbau unterließen [23]). Weil jedoch alle dieſe Verordnungen nur auf die Erhaltung der Schönheit der Stadt Rom gingen, welche ſich denn

19) *L. 2. §. 17. D. eodem.*

20) *Si quis negotiandi causa emisset quod aedificium, ut diruendo plus acquireret, quam quanti emisset, tum duplam pecuniam, qua mercatus eam rem esset, in aerarium inferret, et tales venditiones irritae essent.* REINESIUS Inscription. Class. VII. Nr. 11. BACH Histor. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. III. §. 18.

21) *L. 52. D. de contrah. emt.* Hierauf bezieht ſich auch *L. 45. D. de donat. inter vir. et uxorem.* S. Weſtphal's Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 105.

22) Kr. Alexander gedenkt dieſes Edicts *L. 2. Cod. de aedificiis privatis.*

23) SUETONIUS *in vita Vespasiani. Cap.* 8. und AUREL. VICTOR Histor. Rom. in Epitome de Caesarib. Cap. 9. nr. 8.

denn freylich an Pracht ſo ſehr auszeichnete, daß **Martial**[24]) ſie *terrarum domina, cui par eſt nihil, et nihil ſecundum*, nannte; ſo erſtreckte Kr. **Hadrian** dieſelben auch auf die übrigen Städte des Röm. Reichs, und verbot unter andern Häuſer, es ſey in welcher Stadt es wolle, niederzureiſen, und die Materien an einen andern Ort hinzuſchaffen[25]). Aus einer Verordnung der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian**[26]) läßt ſich ſchließen, daß er auch durch ein Edict eben ſo, wie vorhin **Veſpaſian**, jeden erlaubt habe, leere Brandſtätte zu bebauen, wenn die Eigenthümer derſelben nachläſſig waren. Denn die genannten Kaiſer hoben dieſes Edict des **Hadrian** wieder auf, und ſtellten den Grundſatz wieder her, quod aedificia, quae alieno loco imponuntur, ſolo cedant. Unter **Hadrian** ward überdem noch im Jahr 875. ein Senatusconſult gemacht, nach **Cujaz**[27]) von dem Conſul **Marcus Acilius Aviola** *Senatusconſultum Acilianum* genannt[28]), vermöge welchen Sachen, die mit einem Gebäude verbunden, und daran befeſtiget waren,

Nie=

24) *Lib. XII. Epigr.* 8.

25) SPARTIANUS *in vita Hadriani.* Cap. 17. Conſtituit inter caetera, ut in nulla civitate domus aliquae transferendae ad aliam urbem ullius materiae cauſa diruerentur. Der Kaiſer Alexander beſtätigte dieſe Verordnung *L.* 2. *Cod. de aedificiis privatis*, wo es heißt: Sed nec dominis ita transferre licet, ut integris aedificiis depoſitis, publicus deformetur aſpectus.

26) *L.* 5. *Cod. de aedificiis privatis.*

27) Obſervation. Lib. V. cap. 26.

28) S. *Greg.* MAJANSII Diſp. de Senatusconſulto Aciliano. (in *Eius* Diſputat. iuris civ. T. I. Diſp. XXIV. p. 368. ſqq.)

Niemanden zum Hinwegnehmen gültig vermacht werden konnten, wenn dadurch das Gebäude beſchimpft wurde [29]). Es ſollte auch dieſes Senatus Conſult, wie **Ulpian** [30]) ſagt, nicht blos für Rom, ſondern auch für andere Städte gelten; auch nicht blos auf Wohnhäuſer, ſondern auch auf Badehäuſer, bedeckte Spatziergänge, Magazine, kurtz alle und jede Gebäude, welche zur Zierde der Stadt gehörten, und deren Beſchädigung dieſelbe verunſtaltete, ſich erſtrecken [31]). Dieſen Bemühungen ihrer Vorgänger ſtanden nun auch die unter dem Namen der Divorum Fratrum bekannten Kaiſer **Marcus Aurelius** und **Lucius Verus** nicht nach. Sie erweiterten nicht nur das Claudianiſche, oder wie auch andere wollen [32]), das Voluſianiſche Senatus-Conſult, indem ſie auf den Libell zweyer Staatsſchuldner des **Proclianus** und **Epitynchanus** reſcribirten, daß der Verkauf eines Hauſes zum Niederreiſen, oder auch nur die Abreiſung feſtgemachter Zubehörungen eines Hauſes ſelbſt einem Schuldner in dem Falle nicht geſtattet werden könne, wenn er auch durch einen vortheilhaften Verkauf derſelben in den Stand geſetzt

29) *L.* 41. §. 1. *D. de legatis I.* Sed ea, *quae aedibus iuncta sunt*, legari non possunt, quia haec legari non posse Senatus censuit, AVIOLA et PANSA Consulibus.

30) *L.* 41. §. 6. *D. eodem.* Hoc Senatusconsultum non tantum ad Urbem, sed et ad alias civitates pertinet.

31) *L.* 41. §. 8. *D. eodem.* Hoc Senatusconsultum non tantum ad aedes, sed et ad balinea, vel aliud quod aedificium, vel porticus, sine aedibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.

32) S. BACH Hist. iurispr. Rom. Lib. III. cap. I. Sect. III. §. 27.

ſetzt würde, ſeine Schuld an den Staat zu bezahlen [33]); ſondern ſie ſorgten auch zugleich, welches von keinem ihrer Vorgänger geſchehen war, für die Sicherheit der Gläubiger, welche zur Wiederherſtellung verfallener Gebäude das Geld vorſchoſſen [34]). Ja ſie begünſtigten ſelbſt die zu ihren Zeiten noch verbotenen Schenkungen unter den Ehegatten, ſo weit ſie zur Wiederherſtellung eines dem Beſchenkten gehörigen, und durch Brand verwüſteten Gebäudes waren verwendet worden, wie **Paulus** [35]) bemerkt hat. Nur bey dem zaudernden Miteigenthümer ſchränkten ſie die Verordnung des Kaiſers **Vespaſian** ein, indem ſie eine Friſt von vier Monaten beſtimmten, nach deren Ablauf derſelbe erſt ſein Recht an dem gemeinſchaftlichen Hauſe verlieren ſolle, wenn er binnnen derſelben nicht ſeinen Antheil an den Baukoſten mit zwölf Procent vergütet hätte [36]). Die *L.* 1. *D. h. t.* und *L.* 24.

§. 1

33) *L.* 41. §. 7. *D. eodem.* S. Ernſt Chriſt. Weſtphal Darſtell. der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen. 1. Th. §. 255.

34) *L.* 1. *D. h. t.* *L.* 24. §. 1. *D. de rebus auct. iud. poſſid.*

35) *L.* 14 *D. de donat. inter vir. et uxor.* Quod ſi vir uxori, cuius aedes incendio conſumtae ſunt, *ad refectionem earum* pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, *in quantum aedificii exſtructio poſtulat.* Daß dieſes Recht ſchon vor der Oration des Krs Antoninus Caracalla gegelten habe, lehrt die Ordnung der Fragmente des Titels de donat. inter V. et U. Denn erſt vom *L.* 32. an wird die Oration erklärt.

36) *L.* 52. §. 10. *D. Pro Socio.* Kaiſer Philippus hat auf den Grund dieſer Verordnung in der *L.* 4. *Cod. de aedif.*

pri-

§. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* gedenken zwar nur des **Divus Marcus**. Allein daß auch ſein Mitregent **Lucius Verus** an dieſer Geſetzgebung Antheil genommen habe, läßt ſich nach dem, was **Julius Capitolinus** [37]) erzählt, nicht bezweifeln, zumal wenn man, wie **Georg D' Arnaud** [38]) aus mehreren Beyſpielen erwieſen hat, hierbey erwägt, daß es bey den Rechtsgelehrten gar nichts Ungewöhnliches ſey, das von zwey Kaiſern, als Mitregen-

privatis auf folgende Art reſcribirt: Si (ut proponis) socius aedificii *ad refectionem eius* sumtus conferre detrectat, non necessario extra ordinem tibi subveniri desideras. Etenim si solus aedificaveris, *nec intra quatuor mensium tempora cum centesimis nummus pro portione socii erogatus restitutus fuerit*, vel quominus id fieret, per socium stetisse constiterit, *ius dominii* pro solido vindicare, vel obtinere *iuxta placitum antiquitatis* poteris. In der Stelle der Pandecten wird der usurarum centesimarum nicht gedacht. Die *L.* 52. *cit.* ſagt nur *cum certis usuris*. Daß aber deswegen nicht mit vielen ſtatt certis, *centesimis* zu leſen ſey, iſt oben ſchon bemerkt worden. *Ern. Christ.* WESTPHAL de libertate et servitutib. praedior. §. 16. not. 15. pag. 25. glaubt ſogar, die Verfaſſer der Pandecten hätten für centesimis abſichtlich *certis usuris* ſubſtituirt, weil **Juſtinian** durch *L.* 26. §. 1. *Cod. de Usuris* die *L.* 4. *Cod. de aedificiis privatis* abgeändert habe, und es ſey blos durch **Tribonians** Unvorſichtigkeit geſchehen, daß das *cum centesimis* in der *L.* 4. nicht geändert worden ſey. Eben dieſes meint auch VOET in Comment. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 1. §. 2. Allein das Gegentheil lehrt *Io.* STRAUCH Disp. de centesimis usuris. *Ienae* 1672. pag. 51. S. auch **Thibaut** Syſt. des P. Rechts 1. B. §. 281. Not. m.

37) *Vita M. Antonini.* Cap. 8.

38) Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 17. pag. 326.

genten, eingeführte Recht blos mit dem Namen des einen zu benennen. Alle dieſe Verordnungen hatten ohne Zweifel einen öffentlichen Zweck, nämlich zu verhüten, ne publicus deformetur aſpectus [39]). Deswegen war es auch dem Curator reipublicae zur Pflicht gemacht, die Eigenthümer anzuhalten, daß ſie die vernichteten Gebäude wieder herſtellten; ja ſie konnten im Zögerungsfalle auf öffentliche Koſten wieder aufgebauet, und, wenn dann die Eigenthümer die aufgewandten Unkoſten nicht binnen der beſtimmten Zeit (vermuthlich binnen vier Monaten), mit Zinſen wieder erſtatteten, öffentlich verkauft werden [40]). Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo iſt nicht unwahrſcheinlich, daß die Geſetzgeber auch bey der Einführung des Pfandrechts, welches ſie dem Gelddarlehn zur Wiederherſtellung eines verfallenen Gebäudes beygelegt haben, eben ſo, wie bey den beyden erſteren Specialhypotheken, wovon in dieſem Titel die Rede iſt, von einer tacita conventio aus-

39) *L.* 2. *C. de aedif. priv.* Ein mehreres hievon findet man in *Io. Gottfr.* SENF Comm. ad SCta Cn. Hoſidio Geta, L. Vagellio Coſs. Q. Voluſio Saturnino, P. Cornelio Scipione Coſs. de aedificiis negotiationis cauſa non diruendis. *Lipſiae* 1756. *Ios.* TOSCANI iuris publici Rom. arcana (*Neapoli* 1770.) Tom. II. P. I. Cap. 15. WALCH cit. Diſs. Sect. I. §. 2 — 5. und WESTPHAL de libertate et ſervitut. praedior. §. 20. beſonders Not. 18. pag. 27. ſqq.

40) *L.* 46. *pr. et* §. 1. *D. de damno infecto.* Ad Curatoris reipublicae officium ſpectat, ut dirutae domus a dominis exſtruantur. Domum ſumtu publico exſtructam, *ſi dominus ad tempus pecuniam impenſam cum uſuris reſtituere noluerit*, iure eam Reſpublica diſtrahit. S. WESTPHAL c. l. §. 17. et 18.

ausgegangen ſind [41]). Die *L. 1. D. h. t.* ſagt dieß zwar nicht ſo deutlich, wie es uns Ulpian und Paulus bey dem Pfandrecht des Locators gelehrt hatten. Allein es iſt genug, daß das Pfandrecht, wovon wir hier reden, unter die Cauſas claſſificirt wird, *in quibus pignus vel hypotheca* TACITE CONTRAHITUR. Denn alle die hier aufgeſtellten Fälle haben das mit einander gemein, daß ſie ſich aus der Natur des Geſchäfts, welches durch die hypothekariſche Sicherheit beſtärkt wird, entwickeln laſſen. Nach der Natur des Darlehns kann es zwar dem Gläubiger gleichviel gelten, zu welchem Zweck ſein Geld verwendet wird, wenn er nur ſeine Zinſen, und zu ſeiner Zeit ſeine Bezahlung erhält. Allein wer ſein Geld gerade zur Wiederherſtellung eines Gebäudes hinleihet, begnügt ſich nicht mit dem gemeinen Credit auf die perſönliche Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Nein, er iſt hier mehr für ſeine Sicherheit beſorgt. Was läßt ſich alſo wohl hier auf Seiten des Gläubigers für ein anderer Zweck gedenken, als der in der Vorſtellung liegt, daß ihm das Geld unverlohren ſey, weil das Gebäude durch daſſelbe aus ſeinem Ruin wieder in den Stand einer Sache von Werth geſetzt worden iſt? Denn was ſollte ihn ſonſt bewogen haben, ſein Geld gerade zur Wiederherſtellung eines verfallenen Gebäudes hinzuleihen, wenn er nicht geglaubt hätte, ſich im äuſſerſten Falle wegen des gegebenen Credits an die mit ſeinem Gelde wieder hergeſtellte Sache halten zu können? Der Schuldner aber, der vielleicht zu einem andern Zweck nicht ſo leicht Credit erhalten haben würde, willigte in die-

41) S. Zirkler's Reviſion der wichtigſten Lehren des poſitiven Rechts 2. Th. S. 183. ff.

dieſen dem Contract beygefügten modus, und war ob fidem datam auch zur Erfüllung deſſelben verbunden. Er handelte alſo durch zweckmäßige Verwendung des Geldes für den Gläubiger, und das Haus ſtand neugeſchaffen da, durch ein Factum, welches der Gläubiger rechtlich als eignes, und als vom gegebenen Credit unzertrennlich, geltend machen darf. Das Geſetz vollendete nun dieſe Convention in die Seele der Intereſſenten, indem es einem alſo modificirten Gelddarlehn unbedingt die Kraft einer ſtillſchweigend auf das mit dem geliehenen Gelde wiederhergeſtellte Haus contrahirten Hypothek beylegt. In der Vorſtellung des Geſetzgebers lag aber auch zugleich die Idee, es ſey hart, daß der um das Seinige komme, durch deſſen Geld die Sache wieder in den Stand einer Sache von Werth geſetzt worden iſt, indeß andere Gläubiger mittelſt der Rechtshülfe ſich daraus bezahlt machen. Man legte daher auch dieſem Pfandrecht billig einen Vorzug bey. Denn gewiß ſchon vor **Ulpian**[42]) galt der von ihm, als ganz bekannte Wahrheit, aufgeſtellte Satz: *poſterior creditor potior eſt priori, ſi in rem iſtam conſervandam impenſum eſt, quod ſequens credidit.* Von einem ſolchen Gläubiger konnte man alſo mit Recht ſagen: Huius enim pecunia ſalvam fecit totius pignoris cauſam, welchen Entſcheidungsgrund **Ulpian**[43]) ſelbſt angeführt hat.

Soviel nun

I) den Gegenſtand dieſes Pfandrechts anbetrifft, ſo bezeichnet ihn **Papinian** in den Worten pignus INSULAE cre-

42) *L. 5. pr. D. Qui potior. in pignore.*

43) *L. 6. pr. D. eodem.*

creditori datum. **Ulpian** aber nennt ihn in allen oben angeführten Fragmenten AEDIFICIUM. Von beyden weichen die Griechen [44]) ab, welche ihn durch τον ὄικον, DOMUM bezeichnen, ob mit Recht, oder Unrecht, wird ſich nachher zeigen. *Insula* hieß eigentlich nach **Feſtus** [45]) ein ſolches Gebäude, welches mit den Gebäuden des Nachbars auf keiner Seite zuſammenhing, ſondern einen ambitus von zwey und einen halben Fuß breit im Umkreiße hatte [46]). Est igitur *Insula* aedificium, ſagt ganz richtig **Cujaz** [47]) quod proprio ambitu constat. Hieraus erklärt ſich eine Stelle aus der Sammlung der Conſtitutionen der *Divorum Fratrum*, welche **Papirius Juſtus** in 20 Büchern zuſammen gefaßt hat. Es iſt *L.* 14. *D. de Servitutib. praedior. urbanor.* Imperatores ANTONINUS et VERUS Augusti rescripse-

 runt,

44) *Basilica* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 3. Const. 1. Ὁ δανείξων εἰς ἀνανέωσιν ὄικου, ἢ κατὰ ἐντολὴν τοῦ δεσπότου χορηγῶν τῷ εργολάβῳ, ἔχει τὸν ὄικον υποκείμενον. i. e. *Qui pecuniam mutuam dedit ad restitutionem domus, vel domino mandante redemptori ministravit, domum obligatam habet.*

45) POMPEIUS FESTUS in voce *Insula.* INSULAE dicuntur, *quae non iunguntur communibus parietibus cum vicinis, circuituque publico, aut privato cinguntur.*

46) FESTUS voc. *Ambitus.* AMBITUS proprie dicitur *circuitus aedificiorum patens in latitudinem pedes duos et semissem, in longitudinem idem, quod aedificium.* S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 4. und *Barn.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 2.

47) Observation. Lib. I. cap. 4.

runt, in area, quae nulli [48]) servitutem debet, poſſe dominum vel alium voluntate eius aedificare, *intermiſſo legitimo ſpatio a vicina inſula.* Von *Inſula* unterſchied man *domus* [49]). Cujaz [50]) ſetzt den Unterſchied darin, daß die ſich auszeichnenden prächtigeren Wohngebäude *domus*, die gemeinen Gebäude aber *Inſulae* wären genennt worden. Ihm ſtimmt auch **Famianus Nardinus** [51]) bey. Allein ſchon Grävius [52]) hat die Unrichtigkeit dieſer Vorſtellung gezeigt. Zwar iſt nicht zu läugnen, daß man die zu einem gröſſern Gebäude gehörigen kleinern Häuſer, die man an Leute von geringem Stande zu vermiethen pflegte, auch *inſulae* genannt habe [53]), wie aus *L.* 91. §. *ult. D. de legat. III.* erhellet, wo

48) Statt *nulli* will Cujaz *luminum* leſen. Ihm folgt auch POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 2. Nr. IX. Not. h. Allein ſchon ROBERTUS Receptar. Lection. Lib. II. cap. 20. hat deshalb den Cujaz widerlegt, und auch WESTPHAL Interpretat. iuris civ. de libertate et ſervitutib. praedior. §. 2. not. 1. pag. 13. hat dieſe Emendation verworfen.

49) *L.* 91. §. *ult. XXXII. D. de legatis. L.* 15. §. 14 *D. de damno infecto.* SUETONIUS *in Nerone.* Cap. 38. SENECA *de Beneficiis.* Lib VI. Cap. 15. nr. 5.

50) Obſervat. Lib. XIX. cap. 21.

51) De Roma veteri. Lib. III. cap. 4.

52) Praefat. Tom. IV. Theſauri Antiquitat. Rom.

53) Die in ſolchen Häuſern wohnenden Miethleute hießen daher *Inſulares* oder *Inſularii*, obwohl auch die Sklaven, die darüber die Aufſicht hatten, und den Miethzins beytrieben, ſo genennt wurden. *L.* 16. §. 1. *D. de Uſu et habitat. L.* 4. *D. de officio praef. vigilum.* S. GRAEVIUS cit. loc. und

wo **Papinian** ſagt: Appellatione *domus* INSULAM quoque *injunctam domui* videri [54]), si uno pretio cum domu fuisset comparata. Allein daß auch *insulae* zum Theil große und koſtbare Gebäude waren, iſt aus Stellen des Cicero [55]) und Gellius [56]) längſt erwieſen. Das Unterſcheidende beſtand alſo vielmehr darin, daß *domus* die durch eine gemeinſchaftliche Wand verbundenen Gebäude genennt wurden [57]). Doch hat man auch oft beyde Benennungen einander ſubſtituirt; und das Wort *insula* von ſolchen Gebäuden gebraucht, die mit den benachbarten Gebäuden eine gemeinſchaftliche Wand hatten [58]). Es iſt merkwürdig, daß **Papinian** ſelbſt nachher das Wort *aedificium* gebraucht, welches **Ulpian** in allen oben angeführten Fragmenten, ſtatt *insula*, geſetzt hat. Da nun dieſes Wort jede Art von Gebäuden bezeichnet, es habe einen eigenen ambitus, oder ſey mit den benach-

und ad *Ciceronis* Orat. pro M. Coelio. cap. 7. BURMANN ad *Petronium* Sat. 95. PIGNORIUS de Servis. pag. 244. *Iac* OISELIUS ad *Gellium* Lib. XV. cap. 1. not. 3. und BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Insularius*.

54) Hier muß bey videri noch das Wort legatam ergänzt werden. S. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen §. 833.

55) *Orat. pro M. Coelio.* Cap. 7.

56) *Noct. Atticar.* Lib. XV. cap. 1. et GRONOVIUS ad Eundem.

57) S. *de* BACK Diss. cit. ad L. 1. D. h. t. Cap. IV. pag 94 sqq.

58) L. 13. *D de Servit. praedior. urbanor.* *L.* 11. §. 5. *D. de pignerat. act.* S. WESTPHAL de libertate et servitutib. praedior. §. 282. not. 238. b.

nachbarten Gebäuden verbunden; es ſey zur Wohnung, oder zu einem andern Zweck beſtimmt, wie z. B. ein Badehaus, ein Kaufmanns-Magazin, und dergleichen; es ſey in der Stadt, oder auf dem Lande gelegen; ſo iſt keinem Zweifel unterworfen, daß auch das Wort *insula* in dieſer weitern Bedeutung vom **Papinian** genommen worden ſey. Es iſt daher offenbar unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrte[59]) das geſetzliche Pfandrecht des Gläubigers, von welchem wir hier reden, nur auf Wohnhäuſer, und zwar nur auf ſtädtiſche Wohngebäude beſchränken wollen, wozu ſchlechterdings kein Grund vorhanden iſt. Man ſagt zwar, die Abſicht des Kaiſers **Marcus Aurelius** ſey keine andere geweſen, als die, zu verhüten, daß in Rom keine wüſten Plätze und ruinöſen Gebäude angetroffen werden ſollten. Allein ſchon das für gleichen Zweck gemachte Acilianiſche Senatus-Conſultum, welches verbot, Sachen, die an Gebäuden befeſtiget waren, abzureiſen, und ſolche einem andern zu überlaſſen oder zu vermachen, gieng ja, wie **Ulpian**[60]) lehrt, nicht blos auf Häuſer, ſondern auch auf andere Gebäude, die keine Wohnhäuſer waren. Wenn man aber jener Erklärung noch inſonderheit dadurch ein gröſſeres Gewicht zu geben ſucht, daß Kr. **Marcus** zu den mehrgedachten Verfügungen durch den Schaden beſtimmt worden ſey, den eine Ueberſchwemmung der Tiber in Rom angerichtet hatte; ſo kann man ihr eine andere Stelle aus Aurelius

59) *Hartm.* PISTORIS Quaestion. iuris Lib. III. Quaest. 15. Dabelow Entwick. der Lehre vom Concurſe der Gläubiger S. 199. und Schweppe Römiſches Privatrecht. 1. B. §. 304.

60) *L.* 41. §. 1. *et* 8. *XXX. D. de legatis.*

lius **Victor**[61]) entgegenſetzen, woraus man ſieht, wie ſehr dieſer Kaiſer auch für die Wiederherſtellung anderer Städte auſſer Rom, nämlich in Afrika, Aſien, und Bithynien, welche durch Brand und Erdbeben verwüſtet waren, beſorgt geweſen ſey. Daher gieng ja auch das Acilianiſche Senatus-Conſult nicht blos auf Rom, ſondern auch auf andere Städte[62]). Ueberdem iſt auch ganz unerweislich, daß *Insulae* bloß wohnbare Gebäude geweſen ſind. Hätte das Wort *insula* nicht eine viel ausgedehntere Bedeutung, ſo würde es nicht **Papinian** nachher mit dem Wort *aedificium* vertauſcht, und **Ulpian** nicht in den drey oben angeführten Fragmenten blos das Wort *aedificium* gebraucht haben. Und ſagte es uns auch nicht ſchon **Ulpian**[63]) ſo beſtimmt, daß alle aedificia, non ſolum ea, quae ſunt *in oppidis*, ſed et ſi forte ſtabula ſunt, vel alia meritoria *in villis*, et *in vicis*, vel ſi praetoria voluptati tantum deſervientia, — *urbana praedia* genennet werden; ſo würde vollends das Acilianiſche Senatus-Conſult keinen Zweifel übrig laſſen, daß zwiſchen *aedes urbanae et ruſticae* in Abſicht auf die Sorge für deren Erhaltung kein Unterſchied geweſen ſey, wenn man hier in Betrachtung zieht, was **Papinian** *libro XI. Reſponſorum* meldet: Imperatorem ANTONINUM CARACALLAM et DIVUM SEVERUM conſtituiſſe, eos, qui Reipublicae ad opus promiſerint,

61) *De Caeſaribus. Cap.* 16. *nr.* 12.

62) *L.* 41. §. 6 *D. de legat. I.*

63) *L.* 198. *D. de Verbor. Signif.* Nach **Florentinus** *L.* 211. *D. eodem* pflegte man jedoch die aedificia urbana *aedes*, die ruſtica aber *villae* zu nennen.

rint, poſſe detrahere *ex aedibus ſuis* *urbanis, atque ruſticis*, et id ad opus uti, quia hi quoque non promercii cauſa id haberent[64]). Aus dieſen Gründen trete ich daher der Meinung derjenigen[65]) mit vollkommener Ueberzeugung bey, welche behaupten, daß **Papinian** durch den gebrauchten Ausdruck *inſula* auch nicht einmal aedificia ruſtica habe ausſchließen wollen, und füge nur noch zu allem Ueberfluß eine Stelle aus Cajus[66]) hinzu, wo er ſagt: Appellatione AEDIUM *omnes ſpecies aedificii* continentur.

II. Die Forderung, wegen welcher dem Gläubiger dieſe Hypothek zuſteht, muß aus einem Darlehn herrühren, und zwar muß der Gläubiger zum Bau baares Geld vorgeſchoſſen haben[67]). Denn die oben angeführten Geſetze,

64) *L. 41. §. 5. D. de legat. I.* Der hier von dem Acilianiſchen Senatsſchluß gemachten Ausnahme gedenkt auch Marcian *L. ult. D. de damno infecto.* S. *Greg.* MAJANSII Diſs. de Senatusconſulto Aciliano. §. 37. Tom. I. Diſputation. iur. pag. 381.

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 73. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. nr. 8. WALCH Diſs. cit. Sect. II. §. 2. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 104. S. 378. und Meißner §. 77. b.

66) *L. 9. D. de incendio ruina naufragio.*

67) *Ge. Lud.* BOEHMER Elector. iuris civ. Tom. I. Exercit. XII. §. 11—13. pag. 353. ſqq. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger. S. 202. Meißner Darſtellung der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrechte §. 77. a. Weſtphal Pfandrecht. §. 99. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 2. B. §. 642. Geſterding Lehre vom Pfandrecht. §. 17. S. 103. ff. Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 304.

ſetze[68]), welche von dieſem Gegenſtande handeln, reden ausdrücklich nur von einer *pecunia* ob restitutionem aedificii exstruendi *mutua data*, von *nummis miniſtratis*, von *pecunia credita*, und *pecunia subminiſtrata*. Zwar meinen viele[69]), daß ein gleicher Grund vorhanden ſey, wenn Jemand auch nur die zur Wiederherſtellung eines verfallenen Gebäudes nöthigen Materialien an Holz, Steinen u. d. auf Credit geliefert habe. Ja ſie dehnen dieſes Pfandrecht auf dem wiederhergeſtellten Hauſe ſogar auf den Lohn der Handwerksleute aus. Es ſcheint auch, wenn man von dem Grundſatz ausgeht, daß jene Geſetze einen öffentlichen Zweck hatten, dieſe Ausdehnung ſehr conſequent zu ſeyn. Denn wer Materialien ſchafft, oder ſelbſt Hand an das Werk legt, wirkt ja noch weit unmittelbarer zu jenem öffentlichen Zwecke, als der blos das Geld dazu vorſchießt. Iſt es daher nicht noch weit intereſſanter, dem nothbedrängten Bauenden dieſen Credit zu erleichtern? Ja die in den Geſetzen[70]) ſelbſt

68) *L.* 1. *D. h. t.* *L.* 24. §. 1. *D. de reb. auct. iudic. possid.* *L.* 25. *D. de rebus creditis.*

69) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. PUFENDORF Observat. iuris univ. T. II. Obs. 170. WESTENBERG Divus Marcus Diss. XLI. §. 4. pag. 357. KLIPSCH Diss. de jure tigni in concursu creditorum. *Erf.* 1717. WALCH Diss. cit. Sect. II. §. 6. Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 5. §. 104. S. 376. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1178. et not. m. SURLAND Diss. ad L. 1. D. h. t. §. 3. und *de* BACK Diss. ad eand. L. Cap. IV. pag. 98.

70) *L.* 178. *pr. D. de Verbor. Signif.* PECUNIAE verbum non solum numeratam pecuniam complectitur: verum omnem

ſelbſt anerkannte Bedeutung des Worts *pecunia* ſcheint dieſe Ausdehnung zu begünſtigen. Und dennoch ſcheint ſie dem Geiſte des Geſetzes nicht gemäß zu ſeyn. Es iſt ſchon längſt von andern bemerkt worden, daß die in dem Titel der Pandecten *de Verborum Significatione* erklärten Wortbedeutungen nicht überall Anwendung finden, ſondern ſich immer nur auf gewiſſe Rechtsmaterien beziehen, welche die Inſcription anzeigt [71]). Sie haben dieſe Bemerkung gerade durch die in den angeführten Geſetzen angegebene Bedeutung des Worts *pecunia* unterſtützt, welche dort eine ganz andere Beziehung hat [72]), und hier ſchon darum nicht zum Grunde gelegt werden kann, weil die in den oben angeführten Fragmenten des **Papinian** und **Ulpian**, welche von unſerm Pfandrecht handeln, gebrauchten Ausdrücke offenbar nur ein Gelddarlehn bezeichnen [73]). Wie wenig aber überhaupt jene Ausdehnung dem Geiſte der angeführten Geſetze entſpricht, ergiebt ſich weiter daraus, weil nicht einmal der redemptor, welcher doch gewiß zur

omnem omnino pecuniam, hoc est, *omnia corpora:* nam *corpora* quoque PECUNIAE appellatione contineri, nemo est, qui ambiget. Eben ſo ſagt *L.* 222. *D. eodem.*

71) S. *Christ. Henr.* ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 203.

72) S. *Iac.* LABITTUS Usu indicis Pandectar. Cap. 2. §. 18. (in *Abrah.* WIELINGII *Iurispr. Restitut.* P. II. pag. 26.) ECKHARD c. l. § 204. und *Ios.* FINESTRES Hermogenianus ad L. 222. D. de Verbor. Significat. pag. 656. sqq.

73) Man vergleiche damit *L.* 7. §. 3. *D. de SCto Macedon.* und *Iul. a* BEYMA Commentar. in Tit. D. de Verbor. Signif. (*Leovardiae* 1649.) ad L. 4. 178. et 222. h. T. pag. 12. sqq.

zur Wiederherſtellung des Gebäudes am meiſten und am nächſten wirkt, an der geſetzlichen Sicherheit Antheil hat, ſelbſt wenn er das Geld dazu aufnimmt. Denn auch die Vorſchüſſe, welche ihm deshalb geſchehen, ſollen nur dann, und zwar blos in Rückſicht des Gläubigers, den erwähnten Effect haben, wenn ſie auf Verlangen und vermöge Auftrags des Eigenthümers gethan ſind. Daß aber der Baumeiſter ſelbſt einen Vortheil zu ſeiner eigenen Sicherheit daraus ziehen könne, davon iſt kein Gedanke, obgleich die beyden angeführten Geſetzſtellen, welche gerade von dieſem Falle reden, eine ſehr nahe Veranlaſſung dazu hatten. Ja es iſt nicht einmal bemerkt, daß der Darleiher, auch ohne den Auftrag des Bauherrn, etwa durch eine Ceſſion des Redemptor, ſich helfen könne. Man ſieht hieraus, daß die Geſetze ein Gelddarlehn zur nothwendigen Bedingung der dem Gläubiger ertheilten Sicherheitsrechte gemacht haben. Ob aber dieſe Auszeichnung eines Gelddarlehns nicht einen andern nähern Grund habe, als den, welchen man insgemein in der Natur eines Privilegiums zu finden geglaubt hat [74]), iſt eine andere Frage, welche ohnlängſt zum Gegenſtand einer eigenen Unterſuchung gemacht worden iſt [75]). Ein ſolcher Grund läßt ſich allerdings

74) So ſagt z. B. *Ge. Lud.* BOEHMER in Elect. iuris civ. Tom. I. pag. 356. Tacitum pignus cenſu habendum eſt *iurium ſingularium*, contra ius commune conſtitutorum, cuius generis iura ex pari eademque ratione ad alias res, quam quibus data ſunt, producere, leges vetant. *L.* 14. *et ſqq. D. de Legib. L.* 1. *§.* 2. *D. de Conſtitut. princip. L.* 141. *D. de div Reg. iuris. Cap.* 28. *de Reg. iur. in* 6*to.*

75) S. Zirkler's Reviſion der wichtigſten Lehren des poſitiven Rechts. S. 184. ff.

dings ſchon aus der Natur des Geſchäfts ſelbſt entwickeln. Daß die Verwendung des Geldes zur Wiederherſtellung eines verfallenen Gebäudes zum Grunde der hier in Frage ſtehenden ſtillſchweigenden Hypothek erfordert werde, kann eben ſo wenig geläugnet werden, als unbeſtritten es iſt, daß der bloße Umſtand der vom Schuldner zu dieſem Zweck geſchehenen Verwendung eines erborgten Kapitals dem Gläubiger auf dem wiederhergeſtellten Gebäude noch keine Hypothek gebe, wenn nicht dieſe Verwendung bey Schließung des Darlehns als modus, den der Schuldner erfüllen mußte, war abgeredet worden, und alſo zugleich als eigene Handlung des Gläubigers betrachtet werden konnte. Das Geſetz unterſtützt die Intention des Gläubigers, der auf ſolche Art für ſeine Sicherheit beſorgt war, indem es dem alſo modificirten Gelddarlehn die Kraft einer ſtillſchweigend contrahirten Hypothek auf das mit dem geliehenen Gelde wiederhergeſtellte Gebäude beylegt. Wie ſehr verſchieden von dieſem geſetzlichen Falle erſcheinen nicht dagegen diejenigen Fälle, worauf die gemeine Meinung das Geſetz ausdehnt! Wer Materialien auf Credit verkauft, verzichtet ja bekannten Rechten nach auf das Eigenthum, welches ihm ſonſt die Geſetze bis zur Bezahlung des Kaufgeldes zu ſeiner Sicherheit vorbehalten, wenn er ſich nicht ſolches ſelbſt, oder eine Hypothek daran vorbehalten hat [76]). Würden nun die Geſetze nicht mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathen, wenn ſie dem Verkäufer, deſſen Creditgebung ſie als Verzichtleiſtung auf die ihm ſonſt zuſtehende Sicherheit annehmen, dennoch eine Hypothek gegeben hätten? Dann aber, iſt ja

76) *L.* 12. *Cod. de rei vindicat.* S. STRYK Diss. de fide habita. Cap. V. nr. 38. sqq.

ja auch die Verwendung der Materialien zum Bauen ihre natürliche, ſich von ſelbſt verſtehende Beſtimmung. In der Natur eines Verkaufs von Materialien zum Bauen liegt es demnach ganz und gar nicht, daß der Credit nur in Erwartung einer beſondern Sicherheit gegeben werde. Es kann daher auch der Credit derſelben nicht den Character einer ſolchen modificativen Beſtimmung annehmen, in deren Rückſicht die Geſetze einem alſo modificirten Gelddarlehn die Kraft einer ſtillſchweigend contrahirten Hypothek auf das mit dem geliehenen Gelde wiederhergeſtellte Gebäude beygelegt haben. Man könnte zwar einwenden, daß durch den Credit der Waare der Kaufcontract von Seiten des Verkäufers in ein Darlehn übergehe. Allein daß ſelbſt das bloße Gelddarlehn allein, der vom Schuldner geſchehenen Verwendung ungeachtet, um einer Sache die Exiſtenz in dem Vermögen des Schuldners zu geben, zur Begründung einer geſetzlichen Hypothek nicht genüge [77]), iſt theils ſchon bemerkt, theils wird es in der Folge noch weiter ausgeführt werden. Ueberdem wird ja bey einem Verkaufe auf Credit angenommen, als ſey das Geld bezahlt, mithin die vorige Schuld getilgt. Es wird alſo durch den Credit eine neue Schuld contrahirt, mithin eben dadurch die Hypothek, wenn auch dem Gläubiger geſetzten Falles zuvor eine ſolche zugeſtanden hätte, erloſchen ſeyn [78]). Und ſo hat denn auch die Praxis ſelbſt entſchieden, wie **Wernher** [79]) und **Rivinus** [80]) aus meh-

77) Man vergleiche *L. 17. C. de pignor. L. 5. §. 17. D. de tributor. action.*

78) G e ſt e r d i n g Pfandrecht S. 104.

79) Select. Obſervation. for. Tom. III. Part. I. Obs. 28.

80) Enunciat. iuris Tit. XLIII. Enunc. 40. pag. 1547.

mehreren Beyſpielen erwieſen haben. Eben ſo verhält ſich's mit dem Handwerkslohn [81]). Sind die Zimmerleute und Maurer für ihre Zahlung beſorgt, ſo laſſen ſie ſich wöchentlich bezahlen, oder bringen ihre Zahlung zur Sprache, während das Werk in der Arbeit iſt. Sind ſie aber deshalb unbeſorgt, wie kann ihnen ihre Sorgloſigkeit eine Hypothek auf dem wiederhergeſtellten Gebäude verſchaffen, da die Geſetze nicht einmal dem Redemptor operis ein eigenes Sicherheitsrecht gewähren?

III. Das Geld muß dem Bauherrn ſelbſt, nicht aber bey einem verdungenen Baue dem Baumeiſter creditirt werden, es wäre denn, daß letzteres mit Vorwiſſen des Bauherrn, und auf deſſen Auftrag geſchähe [72]). Denn **Papinian** ſagt ganz beſtimmt: qui redemptori, *domino mandante*, nummos miniſtravit. Nimmt der redemptor operis, welcher gegen eine accordirte Summe den Bau übernommen hat, ein Darlehn zur Beſtreitung der Unkoſten in eignem Namen auf, ſo erlangt der Darleiher an dem, wenn gleich mit ſeinem Gelde, renovirten Gebäude kein Pfandrecht; und auch dem redemtor ſelbſt ſteht wegen ſeiner Forderung an den Bauherrn keine geſetzliche Hypothek zu [83]). Cedirt daher auch der Redemtor dem Gläubiger ſeine Forderung an den Bauherrn, ſo kann der Ceſſionar dadurch nicht mehr Recht erwerben, als der Cedent ſelbſt hatte.

IV. Das

81) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 28.

82) Nam qui mandat numerari, ipſe accepiſſe intelligitur. *L.* 48. §. 1. *D. Mandati.* *L.* 11. §. 5. *D. de pigner. act.*

83) Meißner vom ſtillſchweigenden Pfandrecht. §. 80. und Zirkler's Reviſion 2. Th. S. 184.

IV. Das Geld muß namentlich zur Wiederherſtellung des Gebäudes dargeliehen worden ſeyn. Das Geſetz ſagt ausdrücklich: Senatusconſulto pignus insulae creditori datum, qui pecuniam *ob restitutionem aediſicii exſtruendi* mutuam dedit. Dieſe Beſtimmung des Geldes muß alſo dem Darlehn als eine wahre Modification beygefügt ſeyn. Denn die bloße Verwendung des Geldes zu dem gedachten Zweck iſt, um das Pfandrecht zu begründen, nicht hinreichend, wenn es nicht auch gerade zu dieſem Zweck war dargeliehen worden [84]). Eben ſo wenig würde auch dem Gläubiger eine geſetzliche Hypothek zuſtehen, wenn er, erſt nach vollendetem Baue, das Geld zur Bezahlung der deshalb gemachten Schulden dem Eigenthümer dargeliehen hätte [85]). Dieſes weſentliche Erforderniß beſtärken auch alle oben angeführten Fragmente Ulpians. Soviel aber inſonderheit den Sinn der Worte *restitutio aediſicii exſtruendi* anbetrifft, ſo iſt wohl keinem Zweifel unterworfen, daß ſie eigentlich nur von einem vorhin ganz vernichteten Gebäude verſtanden werden können, welches von neuen wieder aufgebauet werden muß, es mag nun vor Alter zuſammengefallen, oder durch Zufall z. B. durch Brand verheert, oder durch Ueberſchwem-

84) S. *Aug.* a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLXXXV. medit. 2. *Pet.* VANDERANUS de privilegiis creditorum. Cap. 8. (in *Meerman. Thes.* T. II. pag. 700.) Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. V. §. 104. S. 376. f. Meißner §. 79. Zirkler a. a. O. S. 192.

85) WALCH Diss cit. Sect. II. §. 4. et 8. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger. S. 200. und 201.

ſchwemmung verwüſtet worden ſeyn [86]). Wird ein Gebäude blos reparirt, welches noch ſteht, geſetzt auch daß es dem Einſturz nahe war, ſo wird dieſe Ausbeſſerung in den Geſetzen nie *reſtitutio*, ſondern immer *refectio* genennt. Man ſieht dieſes beſonders recht deutlich aus dem Titel der Pandecten *de damno infecto*, XXXIX, 2. in welchem nur von aedibus ruinoſis und vitioſis, welche den Einſturz drohen, die Rede iſt, wie genau die Geſetze zwiſchen *reficere* und *reſtituere* unterſcheiden. Denn da iſt überall nur von einer *refectio* die Rede [87]), und gerade da [88]), wo der Fall von einem niedergeriſſenen Gebäude war, wird, weil in dem gegebenen Falle die Handlung widerrechtlich war, geſagt: *reſtituere* eum, qui demolitus eſt, debere proprio ſumtu. Noch augenſcheinlicher giebt **Ulpian** dieſen Unterſchied an, wenn er *Libro XVII. ad Sabinum* [89]) ſagt: Non tantum, ſi aedes ad aream redactae ſint, uſusfructus extinguitur, verum etiam, ſi demolitis aedibus, teſtator alias

86) S. *Iac.* CUJACIUS Lib. X. Reſponſor. Papiniani ad L. 1. D. h. t. (*Operum* Tom. I. pag. 455.) Derſelbe in Animadverſion. ad Robertum Lib. III. cap. 14. *Reinh.* BACHOVIUS de pignorib. et hyp. Lib. I. Cap. 12. nr. 1. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. LXXVI. Th. 7. *Io. Ortw.* WESTENBERG Divus Marcus Diſs. XLI. §. 3. Meißner §. 78. S. 203. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts. 2. B. §. 642.

87) *L.* 18. §. 2. *L.* 32. *L.* 41. *D. de damno inf.*

88) *L.* 37. *D. eodem.*

89) *L.* 10. §. 1. *D. Quib. mod. uſusfr. amitt.* Man verbinde damit noch *L.* 35. *D. de pignorib.* und *L.* 65. §. 2. *D. de legat. I.*

alias novas *restituerit*. Plane, si per partes *reficiat*, licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum. Der überzeugendſte Beweis liegt aber in unſerm Geſetz ſelbſt, wo die Worte ob restitutionem aedificii *exstruendi* deutlich genug zu erkennen geben, daß hier von keiner bloßen Reparatur die Rede ſey. Denn das Wort exstruere wird nur von aedificiis dirutis gebraucht [90]). Sollte alſo dem Gläubiger, welcher nicht gerade zur Wiederherſtellung eines vorhin vernichteten, ſondern zur Reparatur eines baufälligen Gebäudes namentlich Geld vorgeſchoſſen hat, die geſetzliche Hypothek ſchlechterdings abzuſprechen ſeyn? Dieß behaupten allerdings viele Rechtsgelehrten [91]), und man kann ihnen darin Recht geben, daß eine ſolche Reparatur, welche nur die zeitige Unterhaltung des Hauſes bezweckt, ſo wie ſie jedem ordentlichen Hausvater obliegt, und ſelbſt, als modica refectio, der Uſufructuar übernehmen muß [92]), die poſtulirte Qualität nicht hat. Eine ſolche Reparatur iſt der Reſtitution zu ungleich, als daß dem Gläubiger, der das Geld dazu vorgeſchoſſen hat, deshalb eine geſetzliche Hypothek eingeräumt werden könnte. Allein wie wenn das Haus zwar zur Zeit des contrahirten Darlehns noch ſteht, aber ſo baufällig iſt, daß es den Einſturz drohet, und alſo von Grund aus reparirt werden muß, ſo daß dieſe Renovation einer Wie-

90) *L. 58. D. de legat. I. L. 47. pr. D. de damno infecto.*

91) S. CUJACIUS Comm. in libr. X. Responsor. Papiniani. ad L. 1. D. h. t. und die übrigen oben Not. 86. angeführten Rechtsgelehrten, auſſer BACHOV. Dieſen iſt noch beyzufügen Geſterding Pfandrecht §. 17. S. 104. a. E.

92) *L. 7. §. 2. D. de Uſufructu.*

Wiederherſtellung vollkommen gleichgeachtet werden kann, ſollte es hier auch dem Geiſt des Geſetzes entgegen ſtreiten, wenn man dem Gläubiger, der dazu das Geld dargeliehen hat, das geſetzliche Pfandrecht auf dem renovirten Hauſe zuerkennt? ich glaube, unter Beyſtimmung einer nicht geringen Anzahl der angeſehenſten Rechtsgelehrten [93]), dieſe Frage mit Grund verneinen zu können. Denn wie könnten die Geſetze hier dem Gläubiger entgegen ſeyn, welche es dem Präſes der Provinz eben ſo gut zur Pflicht machten, ut, inspectis aedificiis, wie **Ulpian** [94]) ſagt, dominos eorum, causa cognita, *reficere* ea compellat: et adversus detrectantem competenti remedio *deformitati* auxilium ferat, als dem Curator reipublicae, ut dirutae domus a dominis *exstruantur* [95])? Oder warum ſollten ſie gerade in dieſem Falle dem nothbedrängten Bauherrn den Credit erſchwert haben? Man

93) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 70. *Pet.* MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. T. II. Exerc. XXVI. Th. 14. Not. *v.* pag. 20. sq. BACHOVIUS Tr. de pignorib. et hyp. Lib. I. cap. 12. pag. 52. *de* BACK Diss. cit. ad L. 1. D. h. t. Cap. IV. pag. 96. sqq. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 194. §. 1. WALCH cit. Diss. de priv. pecuniae in refect. aedium creditae. Sect. II. §. 3. VINNIUS select. iur. Quaest. Lib. II. Cap. 4. Weſtphal Pfandrecht. §. 99. Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. V. §. 104. S. 377. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger S. 199.

94) *L. 7. D. de officio Praesidis.*

95) *L. 46. D. de damno infecto.* S. *Ev.* OTTO de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. IX. §. 1. und WESTPHAL de libertate et servitutib. praedior. §. 17. et 18.

Man ſagt zwar, daß eine ausdehnende Erklärung kein ſtillſchweigendes Pfandrecht begründen könne, und dieß kann man auch in ſofern zugeben, daß Privilegien im eigentlichen Verſtande nicht wegen der Gleichheit des Grundes auf andere Fälle ausgedehnt werden dürfen [96]). Allein das Pfandrecht, von welchem hier die Rede iſt, gehört, wie oben ausgeführt worden, zu den Fällen, wo die geſetzliche Hypothek aus einer ſtillſchweigenden Uebereinkunft der Partheyen abgeleitet wird. Will man alſo auch hier nicht auf den öffentlichen Zweck, welchen überhaupt die auf das Bauweſen ſich beziehenden Verordnungen des Römiſchen Rechts beabſichtigten, Rückſicht nehmen, ſo würde doch ſchon die ſtillſchweigende Intention der Intereſſenten für dieſe Meinung ſprechen [97]). Und in beyder Rückſicht würde es denn doch gewiß gleichviel ſeyn, ob der Gläubiger das Geld herleihet, um ein ſchon verwüſtetes Gebäude wieder herzuſtellen, oder durch Reparatur eines baufälligen Gebäudes den ſonſt unvermeidlich geweſenen Einſturz deſſelben abzuwenden, oder man müßte der auffallenden Ungereimtheit Statt geben, daß der Eigenthümer, um Credit zu erhalten, erſt das Gebäude müßte einſtürtzen laſſen.

V. Das Darlehn muß wircklich zu dem Zweck, wozu es aufgenommen worden iſt, verwendet worden ſeyn. Zwar ſind auch hierin nicht alle Rechtsgelehrten einverſtanden. Daß freylich das Gebäude wiedergeſtellt ſeyn

 müſſe,

96) *L. 14. D. de Legib. L. 1. §. 2. D. de Conſtitut. Princip.* Thibaut Theorie der logiſchen Auslegung des Röm. Rechts. §. 19.

97) S. Zirkler's Reviſion 2. Th. S. 197. ff.

müſſe, geben alle zu, denn ſonſt könnte ja der Gläubiger kein Pfandrecht daran haben. Allein, man ſagt, der Schuldner könne das Gebäude wieder hergeſtellet haben, ohne gerade das Geld des Gläubigers dazu zu verwenden. Nach den Worten des Geſetzes ſey es ſchon genug, wenn das Geld zu dieſem Zweck ſey angeliehen worden; daher ſcheine zum Behuf des Pfandrechts überhaupt auch nur dieſes, nicht aber die wirkliche Verwendung des Geldes, erforderlich zu ſeyn, und dieß ſey auch um ſo mehr anzunehmen, je weniger dem Gläubiger zuzumuthen ſey, ſelbſt die Aufſicht bey dem Baue zu führen; es hänge mithin die wirckliche Verwendung des Geldes nicht weiter von ihm ab [98]). Allein es liegt ſchon in der Natur des modificirten Darlehns, daß der modus müſſe erfüllt werden, wenn die demſelben beygelegte rechtliche Wirkung ſtatt finden ſoll, und es war daher ſchon genug, wenn das Geſetz ſagte, daß das Geld zur Wiederherſtellung eines Gebäudes müſſe dargeliehen worden ſeyn. Man ſetzt uns zwar die *L.* 1. §. 9. und *L.* 7. *D. de exercitor. act* entgegen, in welchen geſagt wird, daß derjenige, welcher einem Schiffsmeiſter baar Geld vorgeſchoſſen hat, um das beſchädigte Schiff davon repariren zu laſſen, auch dann gegen deſſelben Herrn mit der actione exercitoria auf die Bezahlung klagen könne, wenn dieſer auch das Geld nicht zu dieſem Zweck

98) S. Gesterding Lehre vom Pfandrecht S. 105 Allein ſchon vor ihm haben MEVIUS Decis. Tom. I. P. V. Decis. 84. ALCIATUS ad L. 25. D de reb. credit. (*Oper.* Tom. I. pag. 306.) HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. § 8. und CRELL Diss. de privilegio pecuniae ad certum usum creditae ex animo dantis aestimando. §. 6. eben dieſes behauptet.

Zweck verwendet habe. Allein ſchon der in dem Geſetz angeführte Grund: exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit, beweißt, daß dort ein beſonderes Verhältniß eintrat, wovon hier kein Gebrauch gemacht werden kann. Daß hier zur Begründung der Hypothek die Verwendung des Geldes zum Bau nothwendige Bedingung ſey, erhellet auch nicht undeutlich aus den Worten der Novelle XCVII. Kap. 3. In his omnibus posteriores creditores, *quorum pecuniis* res adquisitae vel *renovatae* sunt, potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores. Und dieſe Meinung hat auch die Auctorität der meiſten Rechtsgelehrten[99]) für ſich. Da alſo Beydes, die Anleihe und Verwendung des Geldes zur Wiederherſtellung des Gebäudes, nothwendig erfordert wird, wenn der Gläubiger auf die geſetzliche Hypothek, wovon hier die Frage iſt, Anſpruch machen will; ſo iſt auch der Gläubiger den Beweis davon zu führen ſchuldig[100]). Man läßt jedoch bey dieſem insgemein ſchwie-

99) VOET Comm. ad Pand. §. 28. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 74. *de* BACK cit. Diss. Cap. IV. pag 98. WALCH Diss. cit. Sect. II. §. 8. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger S. 200. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 104. S. 382. f. Meißner §. 79. FRISTER Diss. de privilegio creditorum personali. *Göttingae* 1804. Cap. II. §. 9. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 801. Not. 1.

100) *Sam.* STRYK Diss. de probanda versione crediti. *Halae* 1701. Cap. III. §. 15. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 75. WALCH cit. Diss. Set. II. §. 8. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger. S. 200. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 104. S. 383. Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 304.

ſchwierigen Beweiſe die billige Mäßigung eintreten, daß man nicht über das ganze Detail der Verwendung einen ſtrengen Beweis von dem Gläubiger fordert, ſondern auch einen künſtlichen Beweis zuläßt, der durch gegründete Muthmaſſungen geführt wird [1]).

Man erfordert endlich auch noch

VI. daß das Gebäude zu der Zeit, da der Gläubiger ſein Pfandrecht verfolgt, noch vorhanden ſeyn müſſe [2]). Es erlösche daher das Pfandrecht, wenn das wiederhergeſtellte Gebäude durch einen neuen Zufall zu Grunde geht [3]). Dagegen haben jedoch andere [4]) eingewendet, daß in der *L.* 1. *D. h. t.* von einer ſolchen Erlöſchung nichts erwähnt werde, dieſelbe auch mit der Abſicht des Geſetzgebers nicht übereinſtimme, welche darin beſtehe, die Wiederaufbauung verfallner Gebäude zu befördern; überdem mache nicht blos das wiederhergeſtellte Gebäude, ſondern auch die ganze Insula, mit Inbegriff der

1) CARPZOV P. I. Const. 28. Def. 106. STRYK cit. Diss. Cap. IV. §. 14. und Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 4. Band Erört. LXXX.

2) Auſſer Hellfeld ſind dieſer Meinung MERLINUS de pignorib. Lib. III. Tit. 1. Qu. 5. nr. 66. STRYK Diss. cit. de prob. versione cred. Cap. III. §. 15. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. § 801. Not. 1.

3) CARPZOV P. I. Const. 28. Def. 105. *Pet.* VANDERANUS de privilegiis creditorum cap. 8.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 76. Gmelin Ordn. der Gläubiger §. 104. S. 384. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht §. 82.

der area, den Gegenſtand des Pfandrechts aus, und das Pfandrecht daure auch nach dem Untergange des Gebäudes allezeit auf der area fort[5]). Allein man unterſcheide. Die bloße Hypothek dauert freylich auf dem Boden fort, und der Gläubiger wird auch beym Concurſe ſeinen Platz vor den ſpätern Pfandgläubigern behaupten, den ihm der Vorzug der Zeit anweißt. Aber auf das mit dieſer Hypothek ſonſt verbundene Privilegium kann doch nun der Gläubiger keinen weitern Anſpruch machen, welches salvam pignoris causam vorausſetzt[6]). Aus dem bisher Geſagten ergiebt ſich,

1) daß dieſes Pfandrecht auf diejenigen Gläubiger nicht erſtreckt werden darf, welche zur Erhaltung und Herſtellung anderer Sachen, als feſter Gebäude, Geld dargeliehen haben. Doch machen viele Rechtsgelehrten[7]) eine Ausnahme, wenn das Darlehn zur Ausrüſtung und Ausbeſſerung eines Schiffs gegeben, und dazu verwendet worden iſt. Ja es giebt Rechtsgelehrten[8]), welche jedem Gläu-

5) *L. 29 § 2. D. de pignorib. et hyp.*

6) *L. 5. et 6. D. Qui potior. in pign. Nov. XCVII. cap. 3.*

7) *Reinold* KURICKE Resolut. Quaestion. illustr. ad ius maritimum pertinent. Qu. 13. (in HEINECCII *Scriptor. de iure nautico et maritimo.* pag. 865.) NEGUSANTIUS de pignoribus P. II. Membr. 4. §. 162. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. 159. medit. 1. *Io. Iul.* SURLAND Diss. ad L. 1. D. h. t. § 9. sqq. WALCH Introd. in controvers iuris civ. Sect. II. Cap. 5. Zirkler Reviſion der wichtigſten Lehren des poſitiven Rechts 2. Th. S. 202. ff. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. Band §. 801.

8) CARPZOV P. I. Const. 28. Def. 105. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.

Gläubiger, der zur Erhaltung oder Herſtellung auch irgend einer andern Sache Geld vorgeſchoſſen hat, das nämliche Sicherheitsrecht einräumen wollen. Sie berufen ſich hauptſächlich auf die *L. 5.* und *L. 6. pr. D. Qui potiores in pignore.* In der erſten Stelle ſagt Ulpian, aus deſſen *libro III. Disputationum* dieſelbe entlehnt iſt, Interdum posterior potior est priori, utputa, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam, vel reficiendam ego credidero. In der andern Stelle fügt Ulpian den Grund hinzu: Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. Daß dieſes von einer geſetzlich privilegirten Hypothek des Gläubigers zu verſtehen ſey, glaubt man, könne darum keinem Zweifel unterworfen ſeyn, weil das Vorrecht dahin gehe, daß der Gläubiger vor andern aus dem durch den Verkauf des Schiffs gelöſeten Gelde ſeine Befriedigung erhalten ſolle, weil er es ſey, mit deſſen Gelde das Schiff, und alſo auch die Hypothek der übrigen Gläubiger, erhalten worden iſt. Ein ſolches Recht an einer Sache, und zwar in securitatem crediti, laſſe ſich, ohne ein Pfandrecht anzunehmen, gar nicht denken. Aus dem nämlichen Grunde werde ſogar demjenigen Gläubiger, welcher zum Unterhalt der Schiffsleute creditirt hat, ein gleicher hypothekariſcher Vorzug eingeräumt, weil ohne dieſen Credit das Schiff nicht an Ort und Stelle hätte ankommen können. Dieſem ſey auch nicht entgegen, wenn die *L. 26. et 34. D. de rebus auct. iud. possid.* demjenigen, welcher zur Erbauung oder Ausrüſtung eines Schiffs,

Geld geliehen hat, nur ein privilegium exigendi einräumen. Denn ein ſolches privilegium werde gerade auch in der *L.* 1. *D. de ceſſione bonorum* demjenigen Gläubiger gegeben, qui *ob reſtitutionem aediſiciorum* crediderit, und doch ſey es hier entſchieden, daß ein ſolcher Gläubiger ein wirkliches Pfandrecht habe. Daß aber dieſes Pfandrecht auch demjenigen Gläubiger zuſtehe, welcher zur Ausbeſſerung eines Schiffs Geld vorgeſchoſſen hat, laſſe ſich aus der authentiſchen Interpretation, welche Kaiſer Juſtinian in der Novelle XCVII. Kap. 3. hiervon gegeben hat, nicht undeutlich ſchließen. Hier heiße es nun ausdrücklich: *Scimus, quasdam* HYPOTHECAS, *etsi posteriores*, EX PRIVILEGIIS A LEGIBUS ILLIS CONCESSIS, *praeponi antiquioribus creditoribus: veluti quando quis pecunia sua* NAVEM *ſabricaverit, vel eam emi, ſabricari, aut reparari, vel domum ſorte aediſicari, vel agrum vel aliud quid emi curaverit. In his enim omnibus posteriores creditores*, QUORUM PECUNIIS RES ADQUISITAE VEL RENOVATAE SUNT, *potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores.* Es ſey keinem Zweifel unterworfen, daß nach den Worten dieſer Novelle den Gläubigern der Schiffe und Häuſer gleiche Vorzugsrechte ertheilt würden, und zwar ob hypothecas ex privilegiis *a legibus* datas. Verbinde man nun noch damit die Allgemeinheit des vom Ulpian *L.* 6. *pr. D. Qui potior. in pignore* angeführten Grundes: Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris cauſam, und beherzige die Maxime, überall in den Geſetzen Einheit und Uebereinſtimmung zu ſuchen, ſo werde man ſich ſogar überzeugen, daß hier das Schiff nur als Beyſpiel ſtehe, und man werde ſich ſelbſt nach der Logik,

welche

welche auch auf die Auslegung der Geſetze anwendbar iſt, gedrungen fühlen, der *L.* 1. *D. h. t.* die oben behauptete Extenſion zu geben, ſo daß zu einer mathematiſchen Evidenz nur die Anſchauung fehle. Niemand wird gewiß die ſcharfe Präciſion dieſer Gründe verkennen, und ſie hätten mir faſt die Beyſtimmung abgenöthiget, wenn ſie nicht noch einige Zweifel übrig ließen, welche mir die Stärke derſelben zu überwiegen ſcheinen. Unläugbar wird doch dem Gläubiger, der zur Erbauung, Einrichtung, und Ausrüſtung eines Schiffs Geld dargeliehen hat, eben ſo, wie demjenigen, welcher auch zum Ankaufe deſſelben creditirt hat, in den *L.* 26. und *L.* 34. *D. de rebus auctoritate iudic. possid.* nur ein privilegium exigendi gegeben Dieß iſt aber keine bevorzugte Hypothek, ſondern das ſimple Vorzugsrecht vor den chirographariſchen Gläubigern. Denn nur von dieſem iſt die Rede, wenn in dem Titel der Pandecten *de rebus auctoritate iudicis possidendis* das Wort privilegium gebraucht wird. Daß hier von keiner Hypothek die Frage ſey, ergiebt ſich noch mehr daraus, weil dem gedachten Gläubiger der Rang nach dem Fiskus eingeräumt wird. **Marcian** ſagt nämlich *L.* 34. *D. cit.* Quod quis navis fabricandae, vel emendae vel armandae, vel instruendae causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, *habet privilegium post fiscum.* Offenbar bezieht ſich dieß auf das perſönliche Privilegium, welches dem Fiskus in der vierten Claſſe zuſteht, vermöge deſſen er unter den chirographariſchen Gläubigern z. B. in Rückſicht einer ihm von einem Dritten cedirten ſimplen Forderung den erſten Platz einnimmt. Von dieſem perſön-

ſönlichen Vorzugsrechte des Fiskus ſpricht Paulus [9]), wenn er ſagt: *Privilegium fisci* est, inter omnes creditores (nämlich chirographarios, wie Cujaz dieſe Stelle bey Schulting [10]) ganz richtig erklärt) primum locum tenere. Und hierauf bezieht ſich auch, was Ulpian [11]) ſagt: Fiscus, *cum in privati ius succedit*, privati iure pro anterioribus suae successionis temporis utitur, caeterum posteaquam successit, habebit *privilegium suum*. Hätte nun der Gläubiger, der zur Ausrüſtung oder Ausbeſſerung eines Schiffs Geld dargeliehen hat, wircklich eine geſetzliche Hypothek, ſo wäre nicht zu begreifen, warum ein ſolcher Gläubiger dem Fiskus nachſtehen ſoll. Eos enim, qui acceperunt pignora, ſo reſcribiren die Kaiſer Diocletian und Maximian *L.* 9. *VIII.* 18 *Cod. Qui potiores in pignore habeantur*, cum in rem actionem habeant, *privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt*, praeferri constat. Allein wahre hypothekariſche Gläubiger wurden auch, als ſolche, gar nicht immittirt, ſondern verfolgten ihre Hypothek auſſer aller Gemeinſchaft mit andern Creditoren [12]). Zwar iſt nicht zu leugnen, daß auch demjenigen Gläubiger, welcher zur Wiederherſtellung eines Gebäudes Geld vorgeſchoſſen hat, in der *L.* 24. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* ein privilegium exigendi gegeben wird, der doch ganz ent-

9) *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 12. §. 10.

10) Iurisprud. vet. Antejustin. p. 480. not. 44.

11) *L.* 6. *pr. D. de iure fisci.*

12) *Const.* 10. *VII.* 72. *Cod. de bonis author. iudicis possidendis.*

entſchieden wegen dieſer Forderung eine geſetzliche Hypothek hat; allein wo iſt das Geſetz, welches dem Schiffsgläubiger eine ſolche Hypothek giebt? Die *L. 5. D. Qui potiores in pignore* entſcheidet wenigſtens hierüber nichts. Der ihm daſelbſt vor andern hypothekariſchen Gläubigern eingeräumte Vorzug ſetzt zwar eine auch ihm zuſtehende Hypothek voraus; allein daraus folgt nicht, daß ihm deswegen eine geſetzliche Hypothek zuſtehe. Denn das Geſetz ſpricht nur von der Rangordnung bereits conſtituirter Hypotheken. Und wollte man etwa auf den in *L. 6. D. eodem* angeführten Entſcheidungsgrund ein Gewicht legen; ſo dürfte man doch auch nicht überſehen, daß das Darlehn für nothwendige Reparaturen, oder auch zur Verproviantirung eines Schiffs zu einer bevorzugten Hypothek-Forderung nur unter der Vorausſetzung erhoben werde, wenn das Schiff ſchon vorher verhypothecirt war, wie die Worte: veluti *ſi navis ſuit obligata*, lehren. Denn hier nur kann man ſagen: poſterioris creditoris pecunia *ſalvam ſecit totius* PIGNORIS *cauſam.* Wie offenbar unrichtig erſcheint nicht alſo auch von dieſer Seite der Satz, daß mit einem Darlehn zur Ausrüſtung und Ausbeſſerung eines Schiffs, oder auch zu deſſen Verproviantirung, ein ſtillſchweigendes Pfandrecht an demſelben ſchon an ſich verknüpft ſey? Eben ſo wenig beweißt endlich auch die angeführte *Nov. XCVII. cap.* 3. Sie redet zwar von hypothecis, quae, etſi poſteriores, *ex privilegiis a legibus illis conceſſis*, praeponuntur antiquioribus creditoribus, alſo von bevorzugten Hypotheken, aber nicht gerade von geſetzlichen. Denn es iſt ja nicht blos von ſolchen Gläubigern die Rede, mit deren Gelde ein Schiff erbauet,

bauet, oder ausgebeſſert, oder gekauft, ſondern auch von ſolchen, mit deren Gelde ein Haus erbauet, oder ein Grundſtück gekauft worden iſt. Daß aber nicht allen dieſen Gläubigern eine geſetzliche Hypothek zuſtehe, ergiebt ſich klar aus einer jüngeren, zwey Jahre ſpäter erlaſſenen *Novella CXXXVI. Cap.* 3. (vom J. 541.) wo zur Begründung einer privilegirten Hypothek für Darlehne zur Anſchaffung beweglicher oder unbeweglicher Sachen eine ausdrückliche Beſtellung derſelben erfordert wird. Offenbar wollte alſo Juſtinian in der *Novella XCVII.* kein neues Recht einführen, ſondern bezog ſich auf die älteren Geſetze, nach welchen das Vorzugsrecht des Gläubigers, der zum Ankaufe eines Grundſtücks creditirt hat, mit welchem Juſtinian hier denjenigen Gläubiger, der zur Erbauung, Ausbeſſerung, oder Anſchaffung eines Schiffs Geld vorgeſchoſſen hat, in eine Claſſe ſetzt, nur einer deshalb ausdrücklich vorbehaltenen Hypothek beygelegt iſt [13]. Ich übergehe andere Gründe, die ſchon von Franz Connanus [14], Hugo Donellus [15], Arnold Vinnius [16], Reinhard Bachovius [17], Ulrich Huber [18], Gerh. Noodt [19], Joſeph Averani,

13) *L.* 17. *Cod. de pignorib. L.* 7. *Cod. Qui potiores in pignore.*

14) Commentar. iuris civ. Lib. IV. Cap. 17. fol. 317. sqq.

15) De pignorib. Cap. 5.

16) Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 4.

17) De pignor. et hyp. Lib. IV. cap. 11.

18) Praelect. ad Pand. h. t. §. 8.

19) Commentar. ad Pand. h. t. *Operum* Tom. II. pag. 445.

rani [20]), Helferich Hunnius [21]), Wolfg. Ad. Lauterbach [22]), Joh. Ortwin Weſtenberg [23]), Johann de Back [24]), und anderen mehr [25]) gebraucht worden ſind.

2) Auch derjenige Gläubiger hat kein geſetzliches Pfandrecht, welcher zur Erkaufung eines Hauſes, oder zur Anſchaffung einer andern unbeweglichen oder beweglichen Sache Geld dargeliehen hat. Hat er ſich aber eine Hypothek vorbehalten, ſo iſt ſie privilegirt [26]). Endlich kann auch

3) die

20) Interpretat. iuris Lib. II. cap. 13.

21) Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tr. III. P. V. Qu. 6. pag. 791. sqq.

22) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 80.

23) Divus Marcus Diss. XLI. §. 13.

24) Diss. ad L. 1 π. h. t. Cap. V.

25) *Ge. Lud.* BOEHMER Elect. iuris civ. Tom. I. Exerc. XII. §. 13. *Tob. Iac.* REINHARTH Exercit. de nonnullis pragmaticorum erroribus circa doctrinam de tacita hypotheca *Goett.* 1736. §. 15. et 16. *Io. Iust.* WEISMANTEL Progr. de hypotheca tacita pecuniae in refectionem navis creditae, ex iure Rom. perperam derivata. *Erfordiae* 1798. Meißner §. 84. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum.* Tom. II. Fasc. II. Obs. 463.

26) *L.* 7. *Cod. Qui potior. in pignore. Nov. XCVII. cap* 3. *Nov. CXXXVI. cap.* 3. S. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 5. §. 105. *Benj. Frid.* PFIZER Diss. de pignore privilegiato, quod mutuando ad rem comparandam acquiritur. *Stuttgardiae* 1792. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 1. B. Medit. 22.

3) die geſetzliche Hypothek nicht auf ein Darlehn zur Erbauung eines neuen Hauſes an einem Orte, wo vorher noch keins geſtanden iſt, erſtreckt werden [27]). In der *Nov. XCVII. cap.* 3. wird zwar unter den geſetzlich privilegirten Hypotheken auch die Hypothek desjenigen Gläubigers aufgeführt, qui pecunia sua *domum aediſicari* curaverit; allein die nachfolgenden Worte: In his enim omnibus posteriores creditores, quorum pecuniis res adquisitae vel *renovatae* sunt, laſſen keinen Zweifel übrig, daß hier nicht von Erbauung eines neuen, ſondern von der Wiederherſtellung eines verfallenen Gebäudes die Rede ſey. Ein geſetzliches Pfandrecht haben auch

IV. **Pupillen und Minderjährige** an den mit ihrem Gelde vom Vormunde oder einem Dritten für ſich und im eignen Namen erkauften Sachen. Es iſt dieſes durch eine Verordnung der Kaiſer **Septimius Severus** und **Antoninus Caracalla** eingeführt worden, wie aus *L. 6. Cod. de servo pignori dato*, einem Reſcripte des Kaiſers **Alexander Severus**, erhellet. Es lautet wörtlich folgendermaſſen.

Si tutor tuus de pecunia tua servos emtos manumisit: quoniam huiusmodi servi, sicut ceterae res, pupillaribus pecuniis emtae, iure pignoris ex constitutione divorum Parentum meorum obligati sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt.

Die

27) HUBER Praelect. c. l. *de* BACK Diss. cit. ad L. 1. D. h. t. Cap. IV. pag. 97. §. Sed quid etc. **Gmelin** a. a. O. S. 378. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. II. §. 1178. und **Meißner** von ſtillſchw. Pfandr. §. 78. S. 202.

Die Rechtsgelehrten ſind zwar in Anſehung des hier behaupteten Pfandrechts nicht einverſtanden. Einige [28]) wollen es den Pupillen ganz abſtreiten. Sie glauben, es ergebe ſich aus *L. 3. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt*, daß den Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen ein Pfandrecht vorbehalten werden müſſe, wenn ihnen ein ſolches zuſtehen ſolle. Andere [29]) hingegen räumen zwar den Pupillen eine ſtillſchweigende Hypothek ein, wenn der Vormund mit ihrem Gelde Sachen für ſich angeſchaft hat, ſie läugnen aber, daß ihnen auch an den von einem Dritten mit ihrem Gelde erkauften Sachen eine ſolche Hypothek zuſtehe. Noch andere [30]) behaupten, daß den Unmündigen gerade dann ein Pfandrecht zuſtehe, wenn ein Dritter Sachen mit ihrem Gelde erkauft hat, ohne daß es ihm dazu geliehen worden. Denn habe ſie der Vormund ſelbſt für ſich angeſchaft, ſo erwerbe der Pupill an dieſen Sachen das Eigenthum. Allein für die erſte Meinung enthält die *L. 3. pr. D. de rebus eor. qui sub tut.* keinen hinlänglichen Grund, die geſetzliche Hypothek der Pupillen an den mit ihrem nicht angelehnten Gelde erkauften Sachen zu bezweifeln. Die Stelle iſt aus Ulpians *libro XXXV. ad Edictum*, und lautet ſo: Sed si pecunia alterius pupilli alteri pu-

28) Dabelow Concurs der Gläubiger. S. 229. RUNDE Commentat. de historia, indole ac vi remedior. securitatis. §. 54.

29) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. und Weſtphal von Pfandrecht §. 100. S. 150.

30) *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Princip. de iure pignor. §. 85. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 844. und §. 1589. Not. 2.

pupillo fundus ſit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem poſſit habere is, cuius pecunia fundus ſit emtus? Et magis eſt, ut ſalvum ſit ius pignoris ſecundum conſtitutionem Imperatoris noſtri et Divi Patris eius, ei pupillo, cuius pecunia comparatus eſt fundus. Vergleicht man dieſe Stelle mit der oben angeführten *L. 6. C. de ſervo pignori dato*, ſo kann wohl nicht dem mindeſten Zweifel unterworfen ſeyn, das Ulpian ſich hier auf eben die Conſtitution bezogen habe, von welcher der Kaiſer Alexander ſpricht. Man wendet zwar ein, die Worte: *an pignoris obligationem poſſit habere?* deuteten eher auf eine Conventional- als geſetzliche Hypothek hin. Dieß lehre der Zuſammenhang mit den vorhergehenden Fragmenten. Die Rechtsgelehrten hätten nämlich die Oration des Kaiſers Severus ſo erklärt, daß ſelbſt dem Verkäufer eines Grundſtücks von dem Vormunde wegen des rückſtändigen Kaufpretium kein Pfandrecht ohne Decret ertheilt werden könne[31]). Der Kaiſer aber habe bey Unmündigen, denen auf dieſe oder ähnliche Art an den Gütern des Mündels eine Hypothek gegeben worden, eine Ausnahme gemacht. Allein die Ausnahme, welche hier gemacht wird, geht offenbar auf die vom Ulpian unmittelbar vorher aufgeſtellte Regel: Ubi dominium quaeſitum eſt minori, coepit non poſſe obligari, und will alſo ſoviel ſagen, daß, wenn einem Unmündigen mit dem Gelde eines andern Unmündigen ein Grundſtück gekauft worden ſey, die Oration des Kaiſers Se-

31) *L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. qui ſub tut. vel cura ſunt.*

Severus darum nicht zur Anwendung komme, weil hier der Pupill, mit deſſen Gelde dem andern Unmündigen das Grundſtück gekauft worden, ſobald es dieſem tradirt iſt, ein Pfandrecht ohne Vertrag erhalte, was ihm nach der Verordnung der Kaiſer Severus' und Caracalla zuſteht. Von einer geſetzlichen Hypothek haben auch die Baſiliken [32]) dieſe Stelle verſtanden, welche ſie auf folgende Art übertragen haben: Ἐὰν δὲ χρήμασιν ἀνήβου ἕτερος ἄνηβος ἀγρὸν ἀγοράσῃ, ὑπόκειται ὁ ἀγρὸς τῷ κυρίῳ τῶν χρημάτων. i. e. *Si pecunia pupilli alter pupillus fundum emerit, domino pecuniae fundus obligatus eſt.* Dieſe Erklärung wird noch mehr dadurch beſtärkt, wenn man erwägt, daß ſich nicht leicht eine Urſache denken läßt, warum die Oration des Kaiſers Severus keine Anwendung finden ſollte, wenn hier von Ertheilung einer ausdrücklichen Hypothek die Rede wäre. Dahingegen konnte allerdings die Frage entſtehen, ob das Pfandrecht, welches nach einer der Oration des Kaiſers Severus allem Anſehen nach ſchon vorausgegangenen Conſtitution eben dieſes Kaiſers [33]) dem Pupillen an

32) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 3. pag. 124.

33) Die Oration des Kaiſers Septimius Severus oder das in Gemäßheit derſelben gemachte Senatusconſult gegen die Veräuſſerung und Verpfändung von Grundſtücken der Pflegbefohlnen iſt zwar gemacht worden, ehe noch dieſer Kaiſer ſeinen Sohn Antoninus Caracalla zum Mitregenten angenommen hatte. Denn die Oration war im Senate, *Tertyllo et Clemente Consulibus*, gehalten worden, wie uns Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. de rebus eorum, qui sub tutela sunt*, berichtet. Die gedachten Conſuln SCAPULA TERTULLUS und TINEIUS CLEMENS regierten aber im Jahre der Erb. Roms

an dem mit ſeinem Gelde erkauften Sache ertheilt war, demſelben auch noch jetzt verbleibe, wenn mit dem Gelde

 deſſel-

Roms 948. wie Noriſius und Pagi aus den Fastis erwieſen haben; dahingegen nahm Kr. Severus ſeinen Sohn Caracalla erſt im Jahr 951. zum Mitregenten an, wie aus SPARTIANUS *in vita Severi* cap. 14. et 16. und *in vita Caracallae* cap. 11. erhellet. S. *Chr. Gottl* HAUBOLD Histor. iuris civ. Rom. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis Specim I. *Lipsiae* 1798. Cap. II. §. 3. Wenn nun gleichwohl Kaiſer Alexander *L.* 6. *Cod. de servo pignori dato* des Pfandrecht der Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen einer Conſtitution ſeiner divorum parentum, d. i. der Kaiſer Severus und Caracalla zuſchreibt, ſo ſcheint es, als ob dieſe Conſtitution jünger, als die Oration des Kaiſers Severus ſey; und dann würde der Zweifel, den die Worte, ut salvum sit ius pignoris, erregen, nicht gelöſet ſeyn. Allein es iſt hier zu bemerken, daß man die von dieſen Kaiſern herrührenden Geſetze bald einem allein, bald beyden zuzueignen pflegte, auch ſelbſt diejenigen, welche von Severus noch vor der Annahme ſeines Sohns zur Mitregentſchaft gegeben worden ſind. Ein wichtiges Beyſpiel davon giebt die Oration des Kaiſers Severus ſelbſt, welche Paulus *L.* 14. *D. de reb. eor. qui sub tutela*, eine *Oratio Divorum Principum* nennt. Daß er aber unter den *Divi Principes* keine andern, als die Kaiſer Severus und Antoninus verſtanden habe, hat nicht nur AUGUSTINUS de nominibus propriis τοῦ πανδέκτου Florentini Cap. III. §. 21. (in *Thes. Otton.* T. I. pag. 292.) ganz richtig bemerkt, ſondern eben dieſes erhellet auch aus andern Stellen des Paulus, als *L. ult. D. de heredib. instit.* *L.* 48. *pr. D. de iure fisci* und *L.* 13 *D. de reb. eor. qui sub tut.* Es iſt daher auch gar nichts Auffallendes, daß in dem Juſtinianeiſchen Codex

deſſelben der Vormund eines andern Unmündigen ein Grundſtück für ſeinen Mündel erkauft hat, weil nun jede Veräußerung und Verpfändung der Güter ſeines Pupillen dem Vormunde unterſagt war? Mit Recht entſcheidet **Ulpian** dieſe Frage dahin, ut salvum sit ius pignoris secundum Constitutionem Imperatoris nostri et Divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus, und zwar aus dem Grunde, weil hier, wie **Ulpian** am Ende des §. 1. dieſer L. 3. ſagt, die obligatio pignoris nicht *ex tutoris vel curatoris voluntate* geſchieht. So ſteht nun alles in dem genaueſten Zuſammenhange, wenn der Entſcheidungsgrund darin geſetzt wird, daß ein Pfandrecht, welches nicht durch den Willen des Vormundes, ſondern entweder durch das Geſetz, oder durch Immiſſion von der Obrigkeit beſtellt wird, wovon der §. 1. *L.* 3. handelt, gar nicht unter dem Verbote des Geſetzes ſtehe, wie dieſe Stelle auch **Pothier** 34) verſtanden hat. Ja es konnte hier wegen der Entſtehung einer obligatio pignoris um ſo weniger ein Zweifel übrig bleiben, da in einem ſolchen Falle ſogar der Vormund ſelbſt gegen die Regel, daß er Schuldner ſeines Mündels ſeyn könne, ein Pfandrecht an den Sachen des Pupillen erlangen

der nicht eine einzige Conſtitution zu finden iſt, welche den Namen des Kaiſers Severus allein führt, obgleich mehrere darunter vorkommen, welche Severus in den erſten Jahren ſeiner Regierung, und alſo noch vor der Mitregentſchaft ſeines Sohns, des Kaiſers Caracalla gegeben hat, wie aus dem Verzeichniß ſeiner Conſtitutionen in *Abr.* WIELINGII Iurisprudentia Restituta T. I. pag. 112. sqq. erſcheint.

34) Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 9. Nr. XII. pag. 162.

gen kann, wenn er in die Stelle eines hypothekariſchen Gläubigers eintritt, den er mit ſeinem Gelde befriediget hat, wie **Marcian** ſagt *L.* 12. *D. eodem.* welche aus deſſelben *libro ſingulari ad formulam hypothecariam* genommen iſt: Non fit contra Senatusconſultum, ſi cuius tutor creditori patris pupilli exſolvit, ut eius loco ſuccedat [35]). Endlich läßt ſich für das Pfandrecht der Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen auch noch eine andere Stelle aus **Ulpians** *libro III. Diſputationum* anführen. Es iſt die *L.* 7. *pr. D. Qui potiores in pignore.* Hier heißt es: Idemque eſt, ſi ex nummis pupilli fuerit res comparata. Quare, ſi duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expenſae. Quod ſi res non in totum ex nummis cuiusdam comparata eſt, erit concurſus utriusque creditoris, id eſt, et antiquioris, et eius cuius nummis comparata eſt. **Ulpian** handelte im dritten Buche ſeiner Diſputationen von dem Vorzugsrechte einiger hypothekariſcher Gläubiger, wie aus der *L.* 5. *D. eodem* erhellet, welche aus demſelben Buche genommen iſt. Daher erklären die Baſiliken [36]) die Anfangsworte: *Idemque eſt* durch Προτιμᾶται καὶ μεταγενέστερος ὢν, i. e. *Poſterior praefertur priori;* und hieraus erklärt ſich auch, warum dieſe Stelle ihren Ort in dem Titel der Pandecten *Qui potiores in pignore*

35) S. *Frid.* PLATNER Ad Marcianum de formula hypothecaria Exercit. II. *Lipſiae* 1759. §. III.

36) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Conſt. 5. p. 59.

gnore erhalten hat. Es iſt daher ein ſehr ſchwacher Grund, wenn man ſagt, wäre die Abſicht dieſes Geſetzes, dem Mündel ein ſtillſchweigendes Pfandrecht an den von einem Dritten mit ſeinem Geld erkauften Sachen zu ertheilen, ſo gehörte es unter dem Titel: *In quibus cauſis pignus tacite contrahitur.* Denn man hat hier nicht bedacht, was ich ſchon oben bemerkt habe, daß in dieſem Titel nur von ſolchen geſetzlichen Hypotheken die Rede ſey, welche das mit einander gemein haben, daß ſie ſich aus der Natur des Geſchäfts, welches durch die hypothekariſche Sicherheit beſtärkt wird, ſo erklären laſſen, als ob ſich die Contrahenten darüber ſtillſchweigend verſtändiget hätten. So wenig ſich nun alſo aus den angeführten Gründen das den Pupillen und Minderjährigen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen beygelegte Pfandrecht bezweifeln läßt, eben ſo wenig kann es aber auch gerade nur auf den Fall eingeſchränkt werden, da der Vormund mit des Pupillen Gelde Sachen für ſich gekauft hat. Denn nicht nur der Entſcheidungsgrund der oben angeführten Verordnung der *L. 6. Cod. de ſervo pignori dato:* quoniam huiusmodi ſervi, *ſicut ceterae res, pupillaribus pecuniis emtae*, iure pignoris ex conſtitutione divorum parentum meorum obligati ſunt, ſpricht ganz allgemein, ſondern auch die *L. 3. D. de rebus eorum qui ſub tutela*, welche ſich ebenfalls, wie oben erwieſen worden, auf dieſe Conſtitution der Kaiſer Sever und Caracalla bezieht, enthält gerade einen ſolchen Fall, wo nicht der Vormund des Mündels, mit deſſen Gelde das Grundſtück war erkauft worden, ſelbſt Käufer war, ſondern daſſelbe für einen andern Unmündigen mit dieſem Gelde war angeſchaft worden. Ein Beweis,

weis, daß die Hypothek eben ſowohl entſtehe, wenn ein Dritter, als wenn der Vormund ſelbſt Käufer war, und dieſe Meinung hat auch die Auctorität der angeſehenſten Rechtsgelehrten [37]) für ſich. Soviel endlich die dritte Meinung anbetrift, nach welcher die geſetzliche Hypothek nur dann ſtatt finden ſoll, wenn die Sache von einem Dritten gekauft worden, dem Unmündigen hingegen das Eigenthum daran zuſtehe, wenn der Vormund ſelbſt Käufer iſt [38]); ſo iſt freylich nicht zu läugnen, daß in dem letzten Falle dem Unmündigen in den Geſetzen eine utilis actio ad rem vindicandam gegeben werde. **Ulpian** läßt hierüber keinen Zweifel übrig, wenn er *L. 2. D. Quando ex facto tutoris vel curatoris* (XXVI. 9.) ſagt: Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel praedia in nomen suum emerit: *utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam*, vel mutuam pecuniam exigendam. Nicht alle Rechtsgelehrten verſtehen zwar dieſe Stelle mit mir auf gleiche weiſe. Denn **Weſtphal** [39]), **Dabelow** [40]), und **Meißner**

37) LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 51. DONELLUS de pignorib. Cap. 5. § 3. Gmelin Ordnung der Gläubiger. Kap. V. §. 102. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1178. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 304. Zachariä Inſtitutionen des Röm. Rechts S. 354.

38) Dieſe Meinung vertheidigen auch *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 4. BACHOV Tr. de pignor. et hypoth. L. I. Cap. 12. nr. 4. pag. 54. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 573. in fin. Nr. IV.

39) A. a. O. Not. 120. S. 149.

40) Lehre vom Concurſe der Gläubiger Kap. XII. S. 364.

ner [41]) haben hier ihre eigenen Anſichten. Ich habe aber ihre Meinungen ſchon an einem andern Orte [42]) näher geprüft, und bin auch noch jetzt überzeugt, daß dem Pupillen zwar allerdings ein Eigenthumsrecht an den von ſeinem Vormunde einſeitig mit des Mündels Gelde erkauften Sachen zuſtehe, derſelbe aber die Wahl habe, ob er ſein Eigenthumsrecht geltend machen, und ſich der rei vindicatio bedienen wolle, welche dann aber freylich nur eine actio in rem utilis ſeyn kann, weil alle Klagen, die der Pupill durch Handlungen des Vormunds erwirbt, nur actiones utiles ſind; oder ob er ſein Geld von dem Vormunde mit den geſetzlichen Zinſen zurückfordern wolle, in welchem letztern Falle der Pupill ſodann ein geſetzliches Pfandrecht an der mit ſeinem Gelde erkauften Sache haben würde. So laſſen ſich die angeführten Geſetze ſehr wohl vereinigen, wenn man zumal die *L. 3. Cod. Arbitrium tutelae* (VI. 51.) noch damit verbindet [43]).

Es iſt jedoch noch zu bemerken, daß das Pfandrecht, von welchem bisher gehandelt worden, dem Pupillen nur dann zuſteht, wenn das Geld, mit welchem die Sache angeſchaft worden, noch in ſeinem Eigenthume war. Denn dieß heißt hier pecunia pupillaris. Die Baſiliken haben dieſes auch ſehr beſtimmt ausgedrückt, wenn ſie in der

41) Vom ſtillſchweig. Pfandrecht § 88.

42) S. den 8. Theil dieſes Commentars 1. Abth. §. 585. S. 159 — 163.

43) Man vergleiche *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Tom. I. Lib. IV. Cap. 17. pag. 315. *Franc.* BALDUINUS de pignorib. Cap. 7. §. Altera hic quaestio. p. 39. (edit. *Basil.*) und Geſterding Pfandrecht. §. 17. S. 106.

der oben angeführten Stelle nur τῷ κυρίῳ τῶν χρημάτων die Hypothek geben. Hat daher Jemand von einem Pupillen ein Darlehn auf eine rechtsgültliche Art aufgenommen, und ſolches zum Ankaufe einer Sache verwendet, ſo ſteht dem unmündigen Gläubiger, als ſolchem, an der mit ſeinem Gelde gekauften Sache ſeines Schuldners kein Pfandrecht zu, wenn er ſich ein ſolches nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Denn da das Darlehn ein Veräußerungscontract iſt, ſo hört das Geld auf, pecunia pupillaris zu ſeyn, ſobald es dem Schuldner dargezählt worden iſt [44]). Es bleibt alſo hier bey der Verordnung der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian**, welche in der *L.* 17. *Cod. de pignorib.* auf folgende Art reſcribiren: Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit praedium: *tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuae pecuniae numeratio in causam pignoris non deduxit:* sane personali actione debitum apud Praesidem petere non prohiberis. Außerdem nehmen noch viele Rechtsgelehrten [45])

V. zu

44) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 52. *Io. Christ.* KOCH Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. *Giessae* 1772. §. 12. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 102. S. 364. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1178. a. E. Meißner a. a. O. §. 88. und SCHNORR Histor. iur. civ. de pignorib. tacite contractis. §. 13.

45) CUJACIUS Recitat. solemn. ad Lib. X. Dig. in L. 5. pr. D. ad exhib. (Oper. Tom. IV. P. I. pag. 641.) GALVANUS de Usufructu Cap. 33. nr. VII. pag. 460. in fin. et sq. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 800. u. a. m.

V. zu Gunſten des Frachtfahrers, er ſey Fuhrmann oder Schiffer, wegen ſeiner Fracht an den ihm zum Transport übergebenen Sachen ein ſtillſchweigendes Pfandrecht an. Sie berufen ſich zur Begründung deſſelben auf die *L. 5. pr. D. ad exhibendum*, und *L. 6. §. 2. D. Qui potiores in pignore.* Allein daß dieſe Beweiſe noch vielem Zweifel unterworfen ſind, habe ich ſchon an einem andern Orte [46]) gezeigt. Eben ſo zweifelhaft iſt

VI. das Pfandrecht, welches Hellfeld und mehrere andere Rechtsgelehrten [47]) den jährlichen Renten und Gefällen, die auf gewiſſen Grundſtücken liegen, an dieſen Grundſtücken beylegen wollen Denn der Grund, welchen man aus *L. 2. §. 1. D. de alimentis legatis* hernimmt, beweißt darum nichts, weil darin von einem Alimentenvermächtniß die Rede iſt, welches der Fiscus, wenn ihm die erbſchaftlichen Güter anheimfallen, eben ſo gut wie jeder andere Erbe, zu leiſten verpflichtet ſeyn ſoll, wie die Worte: Et licet ad fiſcum bona fuerint devoluta, ex quibus alimenta debeantur, praeſtanda ſunt, ſicuti ſi ad quemlibet ſucceſſorem tranſiiſſent, ganz klar beweiſen [48]). Es leuchtet alſo in die Augen, daß der Fiscus

46) S. den 11. Theil dieſes Commentars §. 743. S. 217. f. Man vergleiche auch *Car.* EINERT Tr. de actione ad exhibendum. *Lipſiae* 1816. 8.) §. 38. pag. 147. sq. Weſtphals Pfandrecht §. 158. Not. 177. S. 230. und Meißner vom ſtillſchweigenden Pfandrechte §. 201. S. 512.

47) *Io. a* SANDE Deciſion. aureae Lib. III. Tit. 12. Def. 8. BERLICH Concluſ. LXVII. n. 92—95. MERLINUS Tr. de pignorib. Lib. II. Tit. 3. Qu. 91.

48) S. *Io. Henr.* MOENCH Diſs. de hypotheca tacita domini ex cauſa canonis emphyteutici, praes. *Car. Henr.* GEISLERO def. *Erlangae* 1773. §. 12.

Fiscus nicht ſowohl aus dem Grunde eines Pfandrechts, als vielmehr in der Eigenſchaft eines Erben zur Präſtation der Alimenten verpflichtet ſey. Wollte man aber auch zugeben, daß den Alimenten und jährlichen Renten, welche aus einem gewiſſen Grundſtück vermacht worden ſind, durch die Verordnung des Kaiſers Juſtinian *L. 1. Cod. Communia de legatis* ein geſetzliches Pfandrecht beygelegt ſey, ſo würde ſich doch daraus kein Schluß auf andere dergleichen Forderungen machen laſſen, welche ſich nicht aus Vermächtniſſen herſchreiben, ſondern aus Verträgen herrühren; weil es in Anſehung derſelben an einer ſolchen geſetzlichen Verordnung, die dem Gläubiger ein Pfandrecht ertheilt, ſchlechterdings fehlt. Scävola lehrt ganz beſtimmt, daß der dritte Beſitzer zu dieſer Präſtation nicht verpflichtet ſey, wenn er *L. 81. §. 1. D. de contrah. emt.* ſagt: Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua praestare praediis Caji Seji: postea Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his: *Quo iure, quaque conditione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur.* Quaero, an emtor Cajo Sejo ad praestationem frumenti sit obnoxius? Respondit, emtorem Cajo Sejo, secundum ea, quae proponerentur, obligatum non esse. Es erhellet hieraus, wie ſehr diejenigen [49]) irren, welche den Grundſatz aufſtellen, daß Verträge, die in Rückſicht eines gewiſſen Grundſtücks eingegangen worden ſind, demſelben eine

49) S. *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. quaestion. in foro quot. obvenient. Vol. I. Obs. 237. und *Io. Christ.* SCHROETER Diss. de pactis rem afficientibus. *Ienae* 1729.

eine Reallaſt auflegten, deren Verbindlichkeit mit dem Grundſtück auf jeden Beſitzer übergehe, welcher auch ſchon von andern [50]) gründlich widerlegt worden iſt. Viele [51]) glauben zwar, daß es wenigſtens nicht an ausdrücklichen Geſetzen fehle, welche in Anſehung derjenigen Präſtationen, die der Inhaber einer Emphyteusis, oder einer Superficies dem dominus directus zu leiſten ſchuldig iſt, dem letztern ein Pfandrecht an dem Grundſtück ſelbſt gäben, an welchem die Emphyteusis oder Superficies beſtellt iſt. Man führt nämlich für dieſe Meinung folgende Geſetzſtellen an. *L.* 1. §. 2, *D. pignorat. actione*, wo **Paulus** ſagt: Etiam vectigale praedium pignori dari potest. Sed et superficiarium: quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. — *L.* 17. *D. eodem*, welche aus **Marcianus** *libro singulari ad formulam hypothecariam* genommen iſt, und ſo lautet: Sane *divi* SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt, ut *sine deminutione mercedis soli* obligaretur. — Beſonders *L.* 15. *D. Qui potiores in pignore*, wo **Paulus** lehrt: Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari potest: ita tamen, *ut prior causa sit domini soli*, si non solvatur ei solarium. Allein wenn gleich alle dieſe Geſetzſtellen, in ihrer Verbindung genommen, ſoviel auſſer allem Zweifel ſetzen, daß der Obereigenthümer in Anſehung derjenigen Leiſtungen, welche

50) Man vergleiche vorzüglich *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. forens. Tom. III. Cap. 41.

51) MERLINUS Tr. de pignorib. Lib. III. Tit. 1. Qu. 10. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 572. Zachariä Inſtitutionen des Röm. Rechts S. 353.

che er in dieſer Eigenſchaft fordern kann, allen den Gläubigern vorgehen ſoll, denen der Emphyteuta oder Superficiarius eine Hypothek auf dem Grundſtücke beſtellt hat; ſo wird doch in keinem dieſer Geſetze dieſes Vorzugsrecht aus einem privilegirten Pfandrechte abgeleitet. Wozu wäre es denn aber auch nöthig geweſen dem dominus directus deshalb ein Pfandrecht zu ertheilen, da ihm ſchon vermöge ſeines Obereigenthumsrechts, woraus ſeine Forderung herfließt, der Vorzug vor allen andern Gläubigern in Anſehung des Grundſtücks gebührt, in welchem die Emphyteusis oder Superficies beſtellt iſt? Man unterſcheide alſo das Recht des Eigenthümers, von der Hypothek eines bloßen Gläubigers, worauf uns mit Recht ſchon **Bachov**[52]) und **Lauterbach**[53]) aufmerkſam gemacht haben. Eben ſo lehren auch **Walch**[54]), **Weſtphal**[55]), **Geisler**[56]), **Dabelow**[57]), **Meißner**[58]), **Hufeland**[59]) und **Runde**[60]).

§. 1088.

52) Tr. de pignorib. L. II. Cap. 2. nr. 6. in fin. pag. 91. sq.

53) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 127. et 128.

54) Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV, Cap. III. Membr. II. Subs. II. §. 11.

55) Pfandrecht. §. 101.

56) Diss. cit. de hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteutici. §. 12. et 14.

57) Lehre vom Concurſe der Gläubiger. S. 608. f.

58) Vom ſtillſchw. Pfandrechte. 2. Th. §. 200.

59) Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 801. Not. 4.

60) Rechtslehre von der Leibzucht. §. 49. Not. u. S. 452.

§. 1088.

Allgemeine geſetzliche Hypotheken.

Unter den allgemeinen geſetzlichen Pfandrechten verdienen

I. diejenigen einer vorzüglichen Erwähnung, welche dem Fiscus zuſtehen. Der Fiscus, als juriſtiſche Perſon betrachtet [61]) inſofern darunter, nachdem der Unterſchied zwiſchen dem zu allgemeinen Staatsausgaben beſtimmten *Aerarium populi*, und der dem Kaiſer zur freyen Diſpoſition überlaſſenen Caſſe, welche man *Fiscus* im eigentlichen Sinne nannte, aufgehoben war [62]), das Staatsvermögen

61) S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. I. §. 150.

62) Von dieſem Unterſchiede, den man ehemals bey den Römern zwiſchen Aerarium populi und Fiscus principis machte, handeln ausführlich *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. IV. cap. 4. *Io.* CORASIUS Miscellaneor. iuris civ. Lib. VI. cap. 19. *Ulr.* HUBER Digression. Iustinian. L. III. cap. 21. pag. 236. sqq. und *Iul. Caes.* BULENGER de Imperio Rom. Lib. III. cap. 26. Der Unterſchied ſelbſt entſtand unter Auguſtus, wie aus *Dio* CASSIUS *Hist. Rom. Lib. LIII.* p. 580. erhellet. Denn ſo wie er die Provinzen mit dem Volke theilte, ſo theilte er auch, ſey es immerhin nur ein σόφισμα πολιτικόν geweſen, die öffentlichen Einkünfte mit demſelben. Bis auf Marcus Aurelius kann es wenigſtens bey den öffentlichen Einkünften und Ausgaben noch immer auf jenen Unterſchied an, wie aus dem Zeugniß des VOLCATIUS GALLICANUS in *Avidio Cassio* Cap. 7. erhellet. S. Huber a. a. O. und Hugo Geſchichte des Röm. Rechts. §. 345. Unter den byzantiniſchen Kaiſern kannte man ihn aber nicht mehr. Das Sacratissimum Aerarium und der Sacratissimus Fiscus war nun Eins

L. 2.

vermögen überhaupt, oder der öffentliche Schatz des Regenten und deſſen Verwaltung verſtanden wurde [63]); hat

1) eine allgemeine geſetzliche Hypothek an allen Gütern derjenigen, welche ihm öffentliche Abgaben ſchuldig ſind, und zwar von dem Augenblick der geſchehenen Auflage an. Kaiſer **Antoninus Caracalla**, ein großer Patron des Fiscus, verordnete in der *L.* 1. *Cod. In quib. causis pignus.* Universa bona eorum, qui censentur, *vice pignorum* tributis obligata sunt. Eben dieſer Kaiſer reſcribirte in der *L.* 1. *Cod. Si propter publicas pensitationes* (IV. 46.): Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore eius iura hypothecae sive pignoris praetendente. *Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.* Da jedoch beyde Verordnungen bloße Reſcripte ſind, worin die Kaiſer gewöhnlich kein neues Recht einführten, ſondern

L. 2. *et* 3. *C. de quadriennii praescript.* (VII. 37.) *§. ult. I. de Usucap.* Jedoch wurden auch ſchon früher die Namen *aerarium* und *fiscus* zuweilen mit einander verwechſelt. *L.* 13. *pr. D. de iure fisci. L.* 1. *§.* 9. *D. ad Leg. Cornel. de falsis.* S. VINNIUS Comm. ad §. ult. I. de Usucap. *Nic. van* HOORN Diss. de iure fisci. *Lugd. Batavor.* 1725. Cap. I. und den 2. Th. dieſes Commentars §. 170. S. 499.

63) Mit Recht ſagt daher WESTENBERG in Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Lib. XLIX. Tit. 16. § 2—4. Obsoleta successu temporis inter *Aerarium* et *Fiscum* differentia, nunc FISCUS nihil aliud est, quam *aerarium publicum Principis vel Reipublicae.* S. auch Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts. §. 133. und Thibaut Syſt. des Pandect. Rechts 1. B. §. 331.

dern mehrentheils nach dem gemeinen Rechte ſprachen [64]), auch überdem in beyden angeführten Reſcripten des Kaiſers Antoninus Caracalla die Hypothek des Fiscus wegen rückſtändiger Steuern und Abgaben als ganz bekannt vorausgeſetzt wird; ſo kann wohl daraus der Urſprung dieſer Hypothek nicht mit Gewißheit hergeleitet werden, wenn gleich einige Rechtsgelehrten [65]) den Kaiſer Antoninus Caracalla vorzüglich auch ſchon darum für den Urheber derſelben haben halten wollen, weil ſie dem Charakter dieſes geldbegierigen Kaiſers vollkommen entſpricht. Wahrſcheinlich fällt daher der Urſprung dieſer fiscaliſchen Hypothek ſchon in frühere Zeiten. Man hat die erſte Spur derſelben in einem Reſcript der Kaiſer Antoninus und Verus zu entdecken geglaubt [66]), wovon uns Papirius Juſtus *L. 7. D. de publicanis* Nachricht giebt, und welches folgenden Inhalts iſt: *In vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri:* et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere: eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros. Allein geſetzt, man wollte auch dieſes Reſcript von einem ſtillſchweigenden Pfandrecht des Fiscus wegen rückſtändiger Ab-

64) S. PÜTTMANNI Probabilia iuris civ. Lib. I. Cap. 14. pag. 108. und Thibaut Theorie der logiſchen Auslegung des Röm. Rechts §. 38.

65) *Traug.* THOMASIUS in Diss. de origine atque progressu hypothecar. tacitar. §. 14. und *Io. Th.* SEGER Epistola adj. Dissertationi *Io. Th.* SCHNORR de pignorib. tacite contractis.

66) S. Dabelow Lehre vom Concurſe der Gläubiger. S. 202. und RUNDE Comm. de historia, indole, ac vi remediorum securitatis. §. 29.

Abgaben verſtehen, ob wohl auch dieß von andern bezweifelt worden iſt[67]); ſo würde dennoch der eigentliche Urſprung dieſes Pfandrechts immer ungewiß bleiben. Soviel iſt indeſſen gewiß, daß dieſes Pfandrecht kein blos ſubſidiariſches Recht iſt, ſondern gegen jeden dritten Beſitzer des ſteuerpflichtigen Grundſtücks auch wegen derjenigen Steuern, mit welchen der vorige Beſitzer im Rückſtande blieb, geltend gemacht werden kann, ohne demſelben die Einrede der Excußion entgegenſetzen zu können, wenn gleich der vorige Beſitzer noch zahlen könnte, und auch der gegenwärtige Beſitzer deshalb Caution zu leiſten bereit wäre. Es kann ſogar, deſſen allen ungeachtet, das Grundſtück der ſchuldigen Steuern wegen verkauft werden. Dieß lehrt **Papinian** *L.* 5. §. 3. *D. de censibus* (L. 15.) Pro pecunia tributi, quod sua die non est redditum, quo minus praedium iure pignoris distrahatur, oblata moratoria cautio non admittitur, nec audietur legatarius contradicens ob tributa praeteriti temporis, quod heres solvendo sit, et is, qui tributis recipiendis praepositus fuerat[68]). Dem dritten Beſitzer, der die noch rückſtändigen Steuern bezahlen mußte, bleibt dann nur die Regreßklage gegen ſeinen Auctor übrig, von welcher auch **Papirius Juſtus** in der oben angeführten Stelle ſpricht[69]).

2) Ein

67) S. Meißner §. 96. S. 240. f.

68) S. *Iac.* CUJACII Commentar. in Lib. XIX. Responsor. Papiniani ad L. 5. D. de Censibus (*Operum postum.* T. I. pag. 618.) Meißner §. 111. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 1374.

69) S. den 8. Th. dieſes Commentars 2. Abth. §. 604. Not. 21. S. 410. und Meißner §. 96. Not. 64. S. 241. f.

2) Ein anderes allgemeines geſetzliches Pfandrecht ſteht dem Fiscus an dem Vermögen derjenigen zu, mit welchen er contrahirt hat, und die ihm aus einem ſolchen Contract Etwas ſchuldig worden ſind, und zwar von Zeit des geſchloſſenen Contracts an. In einer Verordnung des Kaiſers Antoninus Caracalla, nämlich *L. 2. Cod. h. t.* wird auch dieſes Pfandrecht ſchon als etwas ganz Bekanntes vorausgeſetzt, wenn derſelbe folgendergeſtalt reſcribirt: Certum est, eius *qui cum fisco contrahit*, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur. Es finden ſich auch wirklich ſchon frühere Verordnungen von eben dieſem Kaiſer, welche dieſer Hypothek Erwähnung thun. Hierher gehören folgende Reſcripte.

L. 2. Cod. de privil. fisci. Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus: tamen si priusquam res eius tibi obligarentur, *cum fisco contraxit*, ius fisci causam tuam praevenit. Quod si post bonorum eius obligationem rationibus meis caepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci.

L. 3. Cod. eodem. Si cum pecuniam pro marito solveres, neque ius fisci in te transferri impetrasti, neque pignoris causa domum vel aliud quid ab eo accepisti: habes personalem actionem, nec potest praeferri fisci rationibus, a quo dicis ei vectigal denuo locatum esse: *cum eo pacto universa, quae habet habuitve eo tempore, quo ad conductionem accessit, pignoris iure fisco teneantur.* Salva igitur indemnitate fisci debitorem tuum pro pecunia, quam pro eo fisco solvisti, more solito convenire non prohiberis.

Wenn

Wenn aber einige Rechtsgelehrten [70]) den Urſprung der Hypothek des Fiscus an dem Vermögen ſeiner Contractſchuldner ſchon vor die Zeiten des Kaiſers **Antoninus Pius** haben zurückſetzen wollen, ſo läßt ſich aus der für dieſe Meinung angeführten *L.* 10. *D. de pactis*, wo **Ulpian** ſagt: Et repeto ante formam a *Divo Marco* datam *Divum Pium* rescripsisse, *fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et caeteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere*, kein überzeugender Beweis hernehmen, weil aller Wahrſcheinlichkeit nach der Fiscus noch nicht einmal zu den Zeiten des **Q. Cervidius Scävola**, welcher doch erſt nachher, nämlich unter **Marcus Aurelius Antoninus** lebte [71]), jenes geſetzliche Pfandrecht gehabt hat, wie ſich aus L. 21. pr. D. Qui potiores in pignore nicht undeutlich ſchließen läßt, worin davon noch keine Spur vorkommt, vielmehr des Fiscus als eines ſolchen Gläubigers gedacht wird, der ſich ein convenzionelles Pfandrecht hatte beſtellen laſſen [72]). Nimmt man das Wort *debitor*, wie in den meiſten Fällen, für einen Contractsſchuldner, ſo würde die erſte ſichere Spur dieſer fiskaliſchen Hypothek in

 einem

70) LISCHKE Diss. de origine et aequitate tacitar. hypothecar. §. 17. *Io. Aug.* HELLFELD Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis. *Ienae* 1771. §. 5. in fin. u. SCHNORR Histor. iur. civ. de pignoribus tacite contractis. §. 15.

71) S. BACH Hist. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. II. Sect. V. §. 17.

72) S. Geſterding Pfandrecht. §. 31. S. 223. f. und den 18. B. dieſes Commentars, und deſſen 2 Abth. §. 1078. Not. 45. S. 215. f.

einem während der Mitregentſchaft des **Severus** und **Caracalla** erlaſſenen Reſcripte anzutreffen ſeyn, welches in der *L. 2. Cod. de Servo pignori dato* folgendermaſſen lautet: Libertas *a debitore fiſci* servo data, qui pignori non est ex conventione speciali, *sed tantum privilegio fiſci obligatus*, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur[73]).

Dieſes Pfandrecht des Fiscus iſt jedoch von jenem erſtern darin unterſchieden, daß es blos ſubſidiariſch iſt, mithin zuerſt der Hauptſchuldner ausgeklagt werden muß, ehe der dritte Beſitzer der Hypothek in Anſpruch genommen werden kann. Es erhellet dieſes nicht nur aus *L. 47. D. de iure fiſci*, welche Stelle ſchon an einem andern Orte[74]) vorgekommen iſt, ſondern auch aus einer Verordnung des Kaiſers **Gordianus** in *L. 1. Cod. de conveniendis fiſci debitoribus*.

Noch iſt zu bemerken, daß das beſondere Recht, welches dem Fiscus wegen ſeiner Forderungen aus Contracten zuſteht, auch dem Privatvermögen des Regenten und ſeiner Gemahlin in den Geſetzen beygelegt worden iſt. Quodcunque privilegii fisco competit, ſagt **Ulpian** *L. 6. §. 1. D. de iure fiſci*, hoc idem et Caesaris ratio, et Augustae habere solet. Ja **Juſtinian** hält es ſogar

73) S. Meißner §. 96.

74) S. den 18. Theil dieſes Commentars §. 1083. Not. 97. S. 331. f. Man vergleiche noch CUJACII Commentar. in Lib. XIX. Responsor. Papiniani ad L. 5. §. 3. de Censibus. *Oper. postumor.* Tom. I. pag. 618. in fin. et pag. 619. Meißner §. 111. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1375.

ſogar für unvernünftig, wenn man zwiſchen res fiscales und rem privatam Principis unterſcheiden wollte. Quae enim differentia introducitur, ſagt er. *L. 3. Cod. de quadriennii praescriptione*, cum omnia Principis esse intelligantur, sive ex sua substantia, sive ex fiscali fuerit aliquid alienatum? Ein gleiches Recht wird auch dem Vermögen des beſtimmten künftigen Thronfolgers beygelegt, weil auch dieſer mit dem Namen Caesar in den Geſetzen bezeichnet wird [75]). Unrichtig iſt es jedoch, wenn mehrere Rechtsgelehrten [76]) dem Fiscus das ihm wegen ſeiner Forderungen aus Contracten zuſtehende geſetzliche Pfandrecht auch in dem Falle zueignen wollen, wenn er einem Privatgläubiger ſuccedirt. Das Gegentheil lehrt offenbar Calliſtratus, wenn er *L. 3. §. 7. D. de iure fisci* ſagt: Si posteriori creditori fiscus successerit, eo iure utitur, quo is usurus erat, cui successit. Man glaubt zwar, dieſer Ausſpruch des Calliſtratus ſey nur in Rückſicht der vergangenen Zeit wahr, hier habe der Fiscus nicht mehr Rechte, als derjenige, welchem er ſuccedirt, gehabt haben würde; allein von der Zeit an, da ihm das Recht des Privatgläubigers übertragen worden iſt, bediene er ſich ſeines Rechts. Man beruft ſich deshalb auf eine Stelle Ulpians *L. 6. pr. D. eodem*, wo es heißt: Fiscus, cum in privati ius succedit, pri-

75) S. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 261.

76) BACHOV Tr. de pignorib. Lib. I. Cap. 9. nr. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. HELLFELD Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis. §. 7. u. a. m.

privati iure pro anterioribus ſuae ſucceſſionis temporis [77]) utitur: *ceterum poſteaquam ſucceſſit, habebit privilegium ſuum.* Allein **Ulpian** handelte *lib.* 63. *ad Edictum*, woraus dieſe Stelle genommen iſt, eigentlich nur von dem perſönlichen Vorzugsrechte des Fiscus, oder dem privilegio exigendi, nicht von der geſetzlichen Hypothek, wie ſchon **Meißner** [78]) ausführlich gezeigt hat. Ob dem Fiscus auch

3) an den Gütern ſeiner Verwalter [79]) ein geſetzliches Pfandrecht zuſtehe? iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig.

77) Haloander und Baudoza leſen temporibus, und dieſe Leſeart hält auch Brenkmann in dem Gebaueriſchen Corpus iuris für richtiger. Allein daß anteriora temporis ein Gräcismus iſt, habe ich ſchon an einem andern Orte (Th. 16. S. 410. Not. 66.) bemerkt.

78) Darſtellung der Lehre vom ſtillſchw. Pfandrechte §. 109. S. 289.

79) Unter dieſen Verwaltern der fiscaliſchen Güter war der vornehmſte der Comes ſacrarum largitionum, welchem nicht nur die Oberaufſicht über die Verwaltung des kaiſerlichen Schatzes, ſondern auch die Gerichtsbarkeit in ſolchen Rechtsſtreitigkeiten, die den Fiscus betrafen, übertragen war, und unter ſeiner Auctorität wurden auch die Güter der fiskaliſchen Schuldner verkauft. Unter ihm ſtanden theils die Comites largitionum ſpecialium, nämlich der Comes largitionum per Illyricum, der Comes largitionum Italicianarum, Comes titulorum largitionalium per Africam, theils die Rationales ſummarum, von welchen allen *Iac.* GUTHERIUS de Officiis domus Auguſtae (*Pariſiis* 1628. 4.) Lib. III. cap. 16. et 18. ſehr ausführlich gehandelt hat. Man ſehe auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de Conſularibus. VI. 19.

tig. Einige [80]) ſprechen ihm daſſelbe geradezu ab. Allein die meiſten Rechtsgelehrten [81]) ſind der Meinung, daß dem Fiscus wegen der Forderungen, die er an ſeine Beamten, als ſolche, hat, aus demſelben Grunde ein Pfandrecht zuſtehe, aus welchem ihm ſolches wegen ſeiner Forderungen aus Contracten überhaupt ertheilt worden iſt. Sie ſagen, die Verbindlichkeit eines ſolchen Beamten zur gewiſſenhaften Verwaltung, Berechnung und Herausgabe der ihm anvertrauten Staatseinkünfte gründe ſich auf einen mit dem Staate eingegangenen Vertrag. Der Ausdruck *contrahere* laſſe ſich daher ſelbſt nach der vom Labeo *L.* 19. *D. de Verbor. Significat.* dieſem Worte beygelegten Bedeutung allerdings auf die Adminiſtration fiskaliſcher Güter anwenden. Allein dieſer Grund iſt nicht überzeugend. Denn nie ſagen die Geſetze, daß der Regent mit dem Unterthan, dem er ein Staatsamt überträgt, in einem Contracts

80) Ge. Happel Rechte der Gläubiger in Anſehung der Fauſtpfänder. (Gießen und Darmſtadt 1802.) S. 179. ff. Hennemann Verſuch über die bevorzugte Hypothek des Fiskus in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 97. S. 328. u. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 1376. Not. 2.

81) *Io. Iac.* EBERHARD Diſs. de iure fiſci et hypotheca tacita fiſco in bonis adminiſtratorum rerum fiſcalium competente, praes. *Rud. Chriſtoph.* HENNE. *Erford.* 1769. *Io. Aug.* HELLFELD Diſs. de hypotheca fiſci praeſertim in bonis poſt contractum quaeſitis. §. 8. *Car. Ad.* BRAUN Diſs. de debito primipilari. *Erlangae* 1753. §. 7. Weſtphal Pfandrecht §. 74. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1179. Zachariä Inſtitutionen des Röm. Rechts S. 352.

tractsverhältniſſe ſtehe. Der Ausdruck *contrahere* wäre alſo hier ganz unpaſſend, weil Staatsdienſte auf einer aus dem Weſen des Staats hervorgehenden rechtlichen Nothwendigkeit beruhen, welche auf Seiten des Unterthanen keine Willkühr geſtattet, und alſo die Idee eines Vertrags von ſelbſt ausſchließt [82]). Man vergleiche nur den Titel der Pandecten *de muneribus et honoribus* (Lib. 50. Tit. 4.). Durchgehends werden hier die Staatsämter unter den allgemeinen Namen munera publica für öffentliche Laſten erklärt, und mit den Laſten, welche ſich auf das Vermögen beziehen, in eine Claſſe geſetzt [83]); überall ſprechen die Geſetze von einer Verbindlichkeit der Unterthanen, zur Uebernehmung derſelben, wenn ſie die dazu erforderlichen Eigenſchaften beſitzen [84]). Wie läßt ſich alſo hier eine conductio operarum oder ein Mandat-Contract annehmen, wenn der Regent dem Unterthan ein Amt überträgt? gewiß eben ſo wenig, als die Römer bey Aufträgen an die einer Gewalt unterworfenen Perſonen einen Bevollmächtigungsvertrag annahmen. Die *L. 2. Cod. de privilegio fiſci,* (VII. 73.), worauf man ſich gewöhnlich beruft, gehört daher offenbar nicht hierher, denn ſie redet von einem ſolchen Schuldner, qui cum fiſco contraxit, und dieſer Ausdruck bezieht ſich in den meiſten Fällen auf die Pachtung der kaiſerlichen Einkünfte, wie aus

82) S. von Gönner der Staatsdienſt aus dem Geſichtspunct des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet. (Landshut 1808.) §. 29. S. 83.

83) *L. 1. D. de munerib. et honorib.*

84) *L. 9. L. 14. §. 5. et 5. D. eodem.* von Gönner a. a. O. §. 19.

aus ſehr vielen Geſetzen zu erſehen iſt [85]). Wenn nun auch **Hermogenian** *L. 46. §. 3. D. de iure fiſci* ſagt: Fiſcus ſemper habet ius pignoris, ſo lehren doch andere Geſetze [86]), welche von Fällen ſprechen, wo dem Fiſcus kein Pfandrecht zuſteht, daß dieſer Ausſpruch nicht in der Allgemeinheit, wie er lautet, genommen werden könne. Zwar glaubt man, es könne wenigſtens in dem Falle dem Fiſcus eine geſetzliche Hypothek nicht beſtritten werden, wenn ein Primipilar [87]) von dem an ihn abgelieferten

85) Man vergleiche *L. 3. Cod. de priv. fiſci. L. 49. D. Locati. L. 1. §. 9 et §. 11. D. de Lege Cornel. de falſis. L. un. Cod. Ne tutor vel curator vectigalia conducat.* (V. 41.) und Happel Rechte der Gläubiger in Anſehung der Fauſtpfänder. S. 190. ff.

86) *L. 10. pr. D. de pactis. L. 6. D. de iure fiſci. L. 17. L. 37. D. eodem. L. un. Cod. Poenis fiſcalibus creditores praeferri.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus ad §. 3. L. 46. D. de iure fiſci T. II. pag. 1014. ſqq.

87) *Primipilares* wurden diejenigen Beamten bey den Römern genannt, welchen mit den Rectoren der Provinzen, als deren Gehülfen, die Beytreibung der Naturallieferungen an Proviant, zum Unterhalt der ſtehenden Kriegsheere (exactio annonae militaris), von den Land- und Güterbeſitzern in den Provinzen, und die Sorge für deren Einlieferung in die dazu errichteten Grenzmagazine (translatio ad horrea publica ſeu caſtra limitanea a vicinioribus provincialibus) oblag. Vid. *Tit. Cod. Theod. de errogatione annonae militaris* VII. 4. und *idem Tit. Cod. Iuſtinian. XII.* 38. *L. 6. L. 17. Cod. Theod. de cohortalib.* (VIII. 4.) *Iac.* GOTHOFREDUS in Paratitlo ad L. VII. Cod. Theodos. p. 255. ſq. und Happel a. a. O. S. 160. Von den Primipilaren nahmen dann die Suſceptores den Proviant in Empfang zur Vertheilung,

lieferten Proviant etwas veruntreuet hat, und deswegen ein Receß bey ihm entſtanden iſt. Man glaubt ſogar, daß ihm hier ein privilegirtes Pfandrecht zuſtehe, vermöge deſſen er ſelbſt der Frau des Primipilar-Schuldners in Anſehung ihres Heyrathsguts vorgehe [88]). Allein die Geſetze, worauf man ſich beruft, beweiſen auch dieſe Meinung nicht. Sie ſagen weiter nichts, als daß die Frau eines Primipilars in subsidium für den Receß ihres Mannes mit ihrem Heyrathsgute hafte, wenn zur Tilgung deſſelben des Mannes Vermögen nicht hinreichend wäre.

Hier iſt alſo von keiner Hypothek des Fiscus noch weniger von einem Privilegium deſſelben gegen die Gläubiger des Primipilars die Rede. Man wird ſich davon ſelbſt überzeugen, wenn man die Geſetze, welche man für jene Meinung anzuführen pflegt, genauer betrachtet. Sie lauten folgendermaßen.

L. 4. *Cod. In quib. caus. pignus.* Imppp. CARUS, CARINUS, *et* NUMERIANUS AAA. *Africano.* Satis notum est, et ratione constitutum, bona earum in dotem data, quae nuptae sunt his, qui primipili sarcinam subeunt, obnoxia necessitati eius teneri; verum certo ordine, ut scilicet tunc demum

lung, welche durch die Optiones geſchahe *L.* 1. *L.* 11. *L.* 24. *C. Th. de erogat. annonae militaris*, und GOTHOFREDUS Comm. ad Cod. Theod. Tom. II. c. l. pag. 255. sq.

88) S. Car. Ad. BRAUN Diss. de debito primipilari. *Erlangae* 1753. §. 8. sqq. RUNDE de remediis securit. §. 34. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 97. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1211. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 231.

demum ad hoc periculum mulieris patrimonium reſpiciat, ſi univerſis viri ac nominatorum facultatibus exhauſtis, nihil reſiduum inveniatur. Dat. V. Id. Aug. *Caro* et *Carino* A A. Conſs. 283 [89]).

L. 3. *Cod. de primipilo.* (XII. 63.) Impp. DIOCLET. et MAXIM. A A. *Domnae.* Utilitas publica praeferenda eſt privatorum contractibus: et ideo ſi conſtiterit fiſco ſatisfactum eſſe ob cauſam Primipili, poteris obligatam tibi poſſeſſionem dotis titulo petere, ut ſatis doti fieri poſſit.

Soviel iſt richtig, daß beyde Geſetze eine merkwürdige Ausnahme von der Regel enthalten, nach welcher ſonſt eine Frau für die Schulden ihres Ehemanns nicht haften darf, ſelbſt wenn ſie ſich für ihn verbürgt hat. Dieß ſey aber hier, ſagt das erſte Geſetz, eben ſo bekannt, als vernünftig. Denn nicht zu gedenken, daß das Primipilat Vortheile gewährte, welche noch nach dem Tode des Primipilars auch deſſen Erben zu genießen hatten [90]), und an

89) Faſt in allen Ausgaben des Codex, ſelbſt in der des Simon van Leuwen und der neueſten Spangenbergiſchen Ausgabe iſt das falſche Jahr 285. angegeben, da da doch der Kaiſer Carus ſchon gegen das Ende des Jahrs 283. ſtarb. Das Conſulat des Carus und Carinus fällt auch in das Jahr 283. S. *Pet.* RELANDI Faſti Conſular. pag. 249. Es kann daher die angeführte Conſtitution auf keinen Fall erſt im Jahr 285. erlaſſen ſeyn. In der einzigen Gothofrediſchen Ausgabe, die zu Frankfurt 1663. edirt iſt, habe ich die richtige Jahrzahl 283. gefunden.

90) *L.* 1. *Cod. de primipilo.* Commoda primipilatus poſt adminiſtrationem incipiunt deberi et ſi is, qui ea percipere

an denen daher auch die Frau Antheil nahm; ſo konnte auch die Frau, wenn ſie wußte, daß ſie für die Verſchwendungen ihres Ehemanns verantwortlich war, weit eher, als ein Anderer, auf ihn Acht geben. Allein gerade darin, daß die Frau der Kriegscaſſe für den Receß ihres Mannes haftete, liegt auch ein Beweis, daß der Fiscus keine Hypothek an deſſelben Vermögen hatte. Denn da man wohl vernünftigerweiſe glauben kann, daß man eine ſolche Einnahme keinen Andern, als begüterten Perſonen, wird anvertrauet haben; wie wäre es möglich, daß die Frau noch mit ihrem Vermögen hätte haften dürfen, wenn der Kriegsfiscus eine Hypothek gehabt hätte, welche er gegen den dritten Beſitzer der veräuſſerten Güter hätte geltend machen können? Hierzu kommt, daß ſelbſt diejenigen Magiſtrâte in den Provinzen, welche dergleichen Diener bey der annona militaris angeſtellt hatten, und welche man *nominatores* nannte, nämlich die Duumviri und Decuriones [91]), für das, was jene dem Fiscus ſchuldig blieben,

pere debuit, prius rebus humanis eximatur, heredibus petitio salva sit. *L.* 23. *D. de adim. legat.* S. *Guid.* PANCIROLI Commentar. in Notit. dignitatum utriusq. imperii. Cap. 21. pag 39. Der Primipilat bahnte auch den Weg zu ſehr anſehnlichen Würden; z. B. dem Perfectiſſimat, Ducena, Centena, und Egregiat, wie aus *Cod. Theod. Lib. VIII. Tit.* 4. *Const.* 3. *de Cohortalibus* erhellet. Vid. GOTHOFREDUS in Comm. ad h. Const. 3. Ferner derſelbe Lib. VI. Tit. 37. de perfectissimatus dignitate, und Lib. VI. Tit. 22. Const. 1. de honorariis Codicillis.

91) *L.* 54. *Cod. Theod. de Decurionib.* und *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. Tom. IV. Lib. XII. Tit. 1. in h. L. pag. 419.

ben, haften mußten, wie nicht nur aus dem angeführten erſten Geſetz, ſondern auch aus mehreren andern Geſetzen [92]) erhellet. Wozu war es nöthig, den Fiscus auf ſolche Art gegen allen Schaden zu decken, wenn er ſchon durch eine noch dazu ſo privilegirte Hypothek, als man vorgiebt, genug geſichert geweſen wäre? oder wäre es nicht die größte Ungerechtigkeit gegen unſchuldige Gläubiger geweſen, wenn dieſe durch das Verſchulden der Nominatoren, welche durch ſtrengere Aufſicht den Schaden von der Caſſe hätten abwenden können, nun an ihren gerechten Forderungen hätten Einbuße erleiden ſollen? Soll aber erſt nach den Nominatoren die Frau des Primipilars für den Receß ihres Mannes iu subsidium haften, was konnte natürlicher ſeyn, als die Entſcheidung der *L.* 3. *C. de primipilo*, nämlich daß ſie auch mit der Hypothek, die ſie ſich wegen ihres Heyrathsguts an einem Grundſtück ihres Ehemannes nach dem Recht des damaligen Zeitalters, nach welchem

92) *L.* 1. *Cod. Theod. XII.* 6. *de Susceptorib.* Si quem susceptorem evertisse constiterit rationem, et ad solvendum non esse idoneum, Creator eius hac necessitate teneatur, ut quid ille dilapidavit, ipse de propriis rebus instauret, compellaturque damnum omne sarcire, quod esset illatum, si in idoneis nominandis competens adhibitum esset examen. — *L* 2. *Cod. Iust. X.* 70. *eodem.* Iuxta inveteratas leges nominatores susceptorum, et eorum, qui ad praeposituram horreorum, et pagorum creantur, obnoxii teneantur, si minus idonei sint, qui ab eisdem fuerint nominati: nec quidquam ex eorum substantia, celebrata per interpositam personam emtione, mercentur. Add. *Const.* 17. *lib. X. Tit.* 1. *Cod. Theodos. de iure fisci* et in eandem Commentar. *Iac.* GOTHOFREDI T. III. pag. 424.

chem ihr noch kein geſetzliches Pfandrecht zuſtand, hatte beſtellen laſſen, dem Fiscus haftete, da dieſer das Heyrathsgut ſelbſt in Anſpruch zu nehmen berechtiget war, und es verſtand ſich dann von ſelbſt, daß ſie nur dann erſt, wenn der Fiscus wegen des Receßes befriediget war, ihre Rechte wegen des Heyrathsguts geltend machen konnte? Es kann daher auch nichts in der Sache ändern, wenn Juſtinian nachher den Eheweibern wegen ihres Heyrathsguts ein ſtillſchweigendes mit einem Vorzugsrechte verſehenes Pfandrecht an dem Vermögen des Ehemannes gegeben hat; indem ſich nicht, wie Voet[93]) nach einer ganz unrichtigen Anſicht der Sache glaubt, mit Grund behaupten läßt, daß hierdurch jene *L. 4. Cod. h. t.* ſey aufgehoben worden. Es kann demnach aus den römiſchen Geſetzen ein Pfandrecht des Fiscus weder an dem Vermögen ſeiner Adminiſtratoren überhaupt, noch der Primipilare insbeſondere erweiſen werden, wenn ihm auch immerhin die Praxis ein ſolches einräumt[94]).

Eben ſo wenig ſteht dem Fiscus ein Pfandrecht wegen ſeiner Strafforderungen aus den Verbrechen der Unterthanen zu, er muß vielmehr in Anſehung derſelben allen ſelbſt den einfachen chirographariſchen Gläubigern nachſtehen, wenn deren Forderungen älter ſind[95]). Denn das ſonſt

93) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 22. ihm ſtimmt jedoch HELLFELD cit. Diss. §. 11. bey.

94) S. WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. II. Obs. 418. BERGER Elect. Disceptat. for. Tit. XLV. Obs. 1. nr. 4. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCXXVII. med. 1. und Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 96.

94) S. *Iac.* CUJACII Commentar. in Libr. X. Responsor. Papiniani ad L. 37. D. de iure fisci (in Operib. Tom. I. pag.

dem Fiscus vor allen chirographariſchen Gläubigern zuſtehende Vorzugsrecht fällt auch in Anſehung ſeiner Strafforderungen weg. Folgende Geſetzſtellen laſſen uns hieran nicht zweifeln.

L. 17. *D. de iure fisci.* MODESTINUS *lib.* 2. *de Poenis.* In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi.

L. 37. *D. eodem.* PAPINIANUS *lib.* X. *Responsorum.* Quod placuit, *fisco non esse poenam petendam, nisi creditorees suum recuperaverint*: eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat.

L. un. Cod. (X. 7.) *Poenis fiscalibus creditores praeferri.* Imp. ALEXANDER A. *Marcello.* Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur.

Sicut

pag. 471. *Iac.* LECTIUS ad Modestinum de poenis, ad L. 17. D. de iure fisci (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 141.) *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. Cap. 19. (in *Th. Otton.* Tom. II. pag. 106.) *Franc. de* AMAYA Commentar. in tres posterior. libros Cod. Lib. X. Tit. 7. pag. 106. sqq. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros VI. ad §. 3. L. 46. D. de iure fisci §. 5—7. pag. 1616. sqq. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. pag. 445. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLIX. Tit. 14. Nr XXXVII. not. d. p. 566. *Iul.* PACIUS Εναντιοφανων s. Legg. conciliatar. Cent. I. Qu. 88. *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6. *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de hypotheca tacita fisci propter debita ex delicto. *Halae* 1720. rec. 1747. u. Meißner §. 97. nr. III. S. 247. f.

Sicut itaque in sortis quantitate fiſci persecutio potior est: ita in triplo, quod poenae nomine adjectum est, propria forma servanda est. PP. Kalend. Iul. *Iuliano et Crispino* Conss. 224.

Um das letztere Geſetz zu verſtehen, muß die *L.* 1. *Cod.* (X. 6.) *de his, qui ex publicis rationibus mutuam pecuniam acceperunt*, zu Hülfe genommen werden, wo die Kaiſer **Valentinian** und **Valens** Folgendes verordnet haben: Si quis ab exactoribus, tabulariis, et arcariis, officiisque rationum foenebrem pecuniam sumpserit, detectus in eodem, ad quadrupli poenam ex hac auctoritate teneatur[96]). Nach dieſem Geſetz [dieß heißt hier auctoritas[97])] ſoll derjenige, welcher aus dem Kaiſerlichen Schatze von denen, welchen derſelbe zur Einnahme, Obſorge, und Berechnung[98]) anver-

96) Man vergleiche damit *L.* 1. *Cod. Theod. de his, qui cum dispensatore contraxerunt*, und *Iac.* GOTHOFREDI Comment. in Cod. Theodos. Tom. III. Lib. X. Tit. 24. pag. 559. sq.

97) S. *Iac.* GOTHOFREDI Glossar. nomic. Cod. Theod. voc. *Auctoritas.* (*Cod. Theod.* Tom. VI. P. II. pag. 152.)

98) Als ſolche, denen die Obſorge des kaiſerlichen Schatzes anvertrauet war, werden in der angeführten *L.* 1. genannt 1) die Exactores, welche die dem kaiſerlichen Hauſe ſchuldigen Einkünfte von den Schuldnern beytrieben. S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. in Cod. Theod. Lib. XI. Tit. 7. de Exactionibus. Tom. IV. pag. 67. sqq. 2) die Tabularii, welche die Controle und Rechnung führten, und die Namen derjenigen angaben, die dem Fiscus noch ſchuldig waren. *L.* 2. *et L. ult. Cod. Th. VIII.* 2. *de Tabulariis. L.* 1. *Cod. Th. XI.* 7. *de Exactionibus.* GOTHO-

FREDUS

anvertrauet iſt, Gelder zu ſeinem Privatgebrauche erborgt, dieſelben zur Strafe vierfach erſetzen. Denn ſolche dem kaiſerlichen Hauſe gehörigen Gelder ſollten von den Verwaltern derſelben durchaus nicht an Privatperſonen ausgeliehen, ſondern blos zum Beſten des kaiſerlichen Hauſes und des Staats verwendet werden. In einer neuern Verordnung der Kaiſer Gratian Valentinian und Theodos des Großen wird ſogar dem Beamten, welcher aus dem kaiſerlichen Aerar Gelder zum Privatgebrauche darleiht, eine Capitalſtrafe, dem Entnehmer eines ſolchen Darlehns aber die Strafe der ewigen Deportation mit der Confiscation ſeines ganzen Vermögens angedrohet 99).

Dieß

FREDUS in Comm. ad Cod. Theodos. Lib. VIII. Tit. 2. Const. 1. de Tabulariis. T. II. pag. 488. 3) Die *Arcarii*. Darunter werden hier nicht, wie Cujaz in Comm. ad Lib. X. Tit. 71. de Susceptoribus, praepositis et arcariis, ſagt, diejenige verſtanden, qui his, quae in arcam Praefecti Praetorio inferuntur, suscipiendis praepositi fuerunt, ſondern es waren vielmehr diejenigen Beamten, an welche die dem kaiſerlichen Hauſe ſchuldigen Einkünfte abgegeben wurden, wie aus *L.* 11. *X.* 1. *Cod. Th. de iure fisci*, und *L.* 14. *XII.* 6. *Cod. Th. de Susceptoribus, praepositis, et arcariis* erhellet. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Paratitl. ad Lib. XII. Tit. 6. Cod. Th. eod. T. IV. pag. 567. und in Comm. ad L. 14. Cod. Th. cit. pag. 581. Dieſe Beamten ſtanden unter dem Comes rei Privatae. Denn unter *Arca* wird hier die kaiſerliche Chatoulle verſtanden. *L.* 13. *X.* 70. *Cod. de Susceptoribus*. *L.* 4. *XII.* 50. *Cod. de Numerariis*.

99) *L.* 2. *Cod. de his, qui ex publicis rationibus*. S. *Iac.* GOTHOFREDI Comm. in Cod. Theod. Lib. X. Tit. 24. ad h. L. Tom. III. pag. 560.

Dieß vorausgeſchickt, ſo hatte ſich nun folgender Fall ereignet, welcher in der oben angeführten *L. un.* entſchieden wird. Es hatte nämlich Jemand aus der kaiſerlichen Caſſe von einem Beamten derſelben wiſſentlich Geld als ein Anlehn erhalten. Dem Fiskal wurde dieſes angezeigt, und dieſer klagte alſo gegen den Schuldner und zwar nicht nur auf die Reſtitution des Kapitals, ſondern auch auf die poena tripli, oder mit einem Wort, er klagte auf vierfachen Erſatz des Kapitals. Nun hatte der Schuldner auſſer dem Fiscus noch mehrere Gläubiger; es entſtand alſo die Frage, ob der Fiscus mit ſeiner Forderung den übrigen Gläubigern vorgehe? Dieſe wird nun in der *L. un.* ſo entſchieden, daß ein Unterſchied gemacht wird zwiſchen der Kapitalforderung des Fiscus und ſeiner Strafforderung. In Anſehung der erſtern gehe der Fiscus vor. Denn dieß iſt eine Forderung aus einem Contract, weshalb dem Fiscus eine geſetzliche Hypothek zuſteht. In Anſehung ſeiner Strafforderung aber gehe der Fiscus allen Gläubigern ſeines Schuldners nach. So deutlich uns nun hier die Entſcheidung der Geſetze vor Augen liegt, ſo ſind dennoch auch hierin die Rechtsgelehrten nicht einverſtanden. Es giebt nämlich viele Rechtsgelehrten [100]), welche der Meinung ſind, daß der Fiscus von Zeit der Verurtheilung an auch wegen der Strafgelder ein Pfandrecht erlange, welches ihm zwar gegen die ältern Gläubiger nichts nütze, aber vor allen ſpätern Gläubigern den Vorzug

100) PEREGRINUS de iur. et privileg. fisci Lib. VI. Tit. 6. §. 12. et 13. CARPZOVIUS P. I. Const. 28. Def 104. HELLFELD Diss. cit. de hypotheca fisci §. 9. und ERXLEBEN Principia de iure pignorum et hypothecarum. §. 66.

zug gebe. Denn die Verurtheilung, ſagt man, begründe eine obligatio quasi ex contractu; die Strafforderung werde alſo dadurch in eine Contractſchuld verwandelt. Allein die angeführten Geſetze ſagen es ja ausdrücklich, daß der Fiscus wegen der ihm gebührenden Geldſtrafen die ihm ſonſt zuſtehenden Rechte nicht haben, ſondern nach gemeinem Recht beurtheilt werden ſolle, es kann folglich auch die obligatio iudicati, mag ſie immerhin einen Quaſi-Contract enthalten, doch hier keine andere, als eine perſönliche Klage wirken, nicht zu gedenken, daß überhaupt durch die Litisconteſtation, worauf ſich die actio iudicati gründet, die innere Beſchaffenheit der eingeklagten Forderung nicht ſo, wie durch eine freywillig eingegangene Novation, geändert wird [1]). In der Praxis räumt man daher dem Fiscus auch nicht einmal wegen der Inquiſitionskoſten eine Hypothek oder irgend ein Vorzugsrecht ein [2]). Eine allgemeine geſetzliche Hypothek wird

II. von vielen [3]) auch den Landſtädten an den Gütern ihrer Adminiſtratoren eingeräumt. Sieht man blos darauf, was in der Praxis zu geſchehen pflegt, ſo iſt die Sache außer Zweifel [4]). Der Gerichtsgebrauch giebt den

 Städten

1) *L.* 29. *D. de novat. et delegat.* S. *Car. God* WINCKLER Discrimen inter litis contestationem iure veteri ac hodierno. Sect. II. §. 3. und Meißner §. 97. S. 248. f.

2) S. *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. forens. Tom. II, Cap. 10.

3) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. I. Cap. 9. nr. 3. *Io. de* BACK Diss. ad L. 1. ϖ. h. t. Cap. II. in *Ger.* OELRICHS Thes. Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. I. T. III. p. 71.

4) CARPZOV P. I. Const. 28. Def. 115. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 87. *a* SANDE Decis. Lib. III. Tit. 12. Def.

Städten ſogar wegen der ihnen gebührenden Abgaben an dem Vermögen der Bürger, die ſolche noch ſchuldig ſind, ein Pfandrecht nach dem Beyſpiele des Fiscus [5]). Allein in der Theorie iſt weder das eine noch das andere Pfandrecht gegründet [6]). **Marcian** ſagt ausdrücklich *L.* 10. *D. ad municipalem:* Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a Principe datum sit [7]). Ja in einem Reſcript des

Def. 1. §. Haec quamvis. p. 239. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CCXXVII. medit. 1. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bem. 53. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 118. S. 502.

5) Struben rechtliche Bedenken. Th. 4. Bed. 165.

6) S. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. II. c. 24 *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. Cap. 16. pag. 305. sq. *Franc.* BALDUINUS de pignorib. Cap. VII. §. Porro pag. 35. sqq. *Ant.* MERENDA Controv. iuris Lib. VI. Cap. 36. *Io. a* SANDE Decision. aurear. Lib. III. Tit. 12. Definit. 1. SCHAAF Diss. de iure fisci ad civitates mediatas s. municipales non pertinente. Sect. II. §. 18. Meißner vom ſtillſchweigenden Pfandrechte §. 190. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum T. II. Fasc. II. Obs. 464. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1179.

6) Eine Stadt konnte zuweilen auch nach ihren eigenen Geſetzen ein Pfandrecht haben, wovon Papinian *L.* 37. *D. de reb. auct. iud. possid.* ein Beyſpiel giebt. Antiochensium Coele-Syriae civitati, quod Lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit, ius persequendi pignoris durare constitit. Dieſes Privilegium hatte die Stadt-Antiochien nicht durch die Gnade des Kaiſers erhalten, wie daher der Kaiſer Severus, aufgebracht gegen dieſe Stadt, weil ſie nach der Erzählung des SPARTIANUS in *vita Severi*

des Kaiſers Antoninus Caracalla wird den Städten ein ſtillſchweigendes Pfandrecht geradezu abgeſprochen. Es iſt *L.* 2. *XI.* 29. *Cod. de iure reipublicae*, wo es heißt: An respublica, in cuius locum successistis, ideo, quia satisfecisse debito Vos proponitis, ius pignoris in eo fundo habeat, apud suum iudicem quaeritur: Si enim neque beneficio sibi concesso id ius nacta est, neque specialiter in obligatione pignoris sibi prospexit: causa eius non separatur a caeteris creditoribus, qui habent personalem actionem. Hierzu kommt nun noch der allgemeine Ausſpruch des Cajus *L.* 16. *D. de Verbor. Signif.* Civitates privatorum loco habentur, nam publica appellatio in compluribus causis ad Populum Romanum respicit. Die Gründe, welche man dagegen für die Städte anzuführen pflegt, überwiegen jene Beweiſe nicht. Denn die *L.* 3. *Cod. de iure Reipublicae*, wo Kaiſer Severus reſcribirt, Rempublicam, ut pupillam, extra ordinem juvari, moris est, geht nur auf die Wohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, nicht auf die geſetzliche Hypothek, welche den Unmündigen an dem Vermögen ihrer Vormünder zuſteht. Eine Ausdehnung, oder ein

Severi cap. 9. ſeinem Gegner, dem Pescennius Niger, gegen ihn Hülfe geleiſtet hatte, derſelben alle ihr von den Kaiſern verliehenen Rechte und Privilegien entzogen hatte, ſo glaubte Papinian doch, daß ihr das Privilegium der ſtillſchweigenden Hypothek nicht abgeſprochen werden könne, weil es in dem eigenem Rechte der Stadt, und nicht in einem kaiſerlichen Privilegium gegründet war. S. CUJACIUS Com. in libr. X. Responsor. Papiniani ad h. L. *Oper postum.* Tom. I. pag. 470.

ein Schluß von dem Einem auf das Andere findet aber nach der Regel des Paulus *L.* 162. *D. de div. reg. iuris:* Quae propter neceſſitatem recepta ſunt, non debent in argumentum trahi, nicht wohl ſtatt. In der *L. ult. XI.* 35. *Cod. Quo quisque ordine conveniatur* ſcheinen zwar die Worte: *vel rerum eius poſſeſſores prius ob perſonam eius congredi:* auf ein Pfandrecht hinzudeuten; da aber ein ſtillſchweigendes Pfandrecht eine Wohlthat der Geſetze iſt, welche im Zweifel nicht vermuthet wird; ſo iſt das Geſetz eher von einer beym Antritt des Amts beſtellten, als von einer geſetzlichen Hypothek zu erklären. Man wendet zwar ein, daß die Adminiſtratoren der ſtädtiſchen Güter gleichſam wie Vormünder zu betrachten, alſo müßten auch den Städten gleiche Rechte, wie den Unmündigen, gegen ſie zuſtehen. Allein der Schluß iſt falſch. Adminiſtratoren haben zwar die Verbindlichkeiten der Vormünder, ſie müſſen, wie dieſe, eidlich verpflichtet werden, ein Inventarium errichten, alle Jahre Rechnung ablegen; allein daß auch ihr Vermögen der Stadt verpfändet ſey, wenn gleich keine Hypothek beſtellet worden, ſagt kein Geſetz. Nur das beſondere Recht hat Kaiſer Conſtantin der Große den Städten *L.* 2. *XI.* 32. *Cod. de debitoribus civitatum* ertheilt, daß wenn Jemand aus der Stadtcaſſe ein Geldanlehn von dem Verwalter derſelben, welcher bey den Römern *Curator Kalendarii* genannt wurde [8]), aufgenommen hat, und ſein Vermögen zu deſſen Bezahlung nachher nicht zureicht,

8) S. *Lib. XII. Tit.* 11. *Cod. Theod. de Curatoribus Kalendarii et fideiuſſoribus eorum* und *Iac.* GOTHOFREDI Comm. ad h. Tit. Tom. IV. pag 608. sq.

reicht, diejenigen, an welche der Schuldner etwas von dem Vermögen, welches er zur Zeit der contrahirten Schuld beſaß, verſchenkt oder veräußert, oder auf andere Art gebracht hat, nach dem Verhältniß deſſen, was ſie davon beſitzen, ſollen belangt werden können, ſo daß der Beſitzer von der Schuld ſoviel bezahlen muß, als die Sachen, welche er von dem Schuldner an ſich gebracht hat, im Verhältniß zu dem ganzen Vermögen betragen, welches der Schuldner zu der Zeit beſaß, da er das Geld von der Stadt erborgte; und es ſoll ihnen dann blos der Regreß gegen den Schuldner übrig bleiben, ſo weit ſie für ihn haben zahlen müſſen. Die Worte dieſer merkwürdigen Verordnung [9]) lauten ſo: Apud eos, quos ſuperſtites integris facultatibus eſſe perviderís, vel quorum heredes incolumia retinent patrimonia, ſortes Reipublicae [10]) perſeverare debebunt: ita tamen, ut annuas uſuras ſuis quibusque temporibus exſolvant, cum ſimul et Reipublicae utile ſit retinere idoneos debitores, et ipſis commodum, cumulum debiti minime nutriri. Et quia nefas eſt, obnoxiis cor-

9) Dieſe Conſtitution ſteht im Theodoſianiſchen Codex *L. 1. XII. 11. de Curatoribus Kalendarii*, und iſt an den *Locrius Verinus* gerichtet, welcher damals, nämlich im Jahr 514, da dieſe Verordnung gegeben worden iſt, Rector von irgend einer Provinz geweſen ſeyn muß; in den ſpätern Verordnungen, die an ihn gerichtet ſind, heißt er Vicarius Africae, wie *Iac.* GOTHOFREDUS ad h. L. bemerkt.

10) In dem Theodoſianiſchen Codex ſteht ſortes Kalendarii. *Kalendarium* heißt aber ſoviel als Ratiocinium pecuniarum civitatis foenori locatarum, wie es *Iac.* GOTHOFREDUS ad h. L. richtig erklärt hat.

corporibus alienatis, circumscribi civitates: placuit, si quis debitor Reipublicae civitatis quippiam ex eo patrimonio, quod habuit, cum pecuniam Reipublicae sumeret, donaverit, vel distraxerit, vel qualibet in alium ratione contulerit: qualitate rei alienatae perspecta, atque omnibus debitoris ſacultatibus consideratis, quas habuit, cum ei pecunia crederetur, pro rata ab eo, qui ex debitoris ſacultatibus aliquid detinet, ex sorte atque usuris postulari. Itaque quoties minus idoneum deprehenditur eius patrimonium, cuius nomen civitati alicui invenitur obnoxium, Iudex omni diligentia et sollicitudine debebit inquirere, ad quos ex qualibet conditione transierint debitoris ſacultates: ut singuli aequa aestimatione habita, pro rata rerum, quas possident, conveniantur: personalem actionem contra eum habituri debitorem, qui ipsis solventibus liberatur. Die Ausleger ſind zwar nicht einig, wofür dieſes Vorrecht zu halten ſey, indem es einige [11]) für eine Art von Pfandrecht halten wollen, andere [12]) aber dieſes darum bezweifeln, weil von dem dritten Beſitzer die Abtretung des Beſitzes nicht verlangt werden könne, das Geſetz auch von keiner Hypothek ſpreche, noch ſolche

11) *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 1. Cod. Theodos. de curatoribus Kalendarii Tom. IV. pag. 610. *Franc.* BALDUINUS de pignorib. Cap. VII. §. Porro Martianus. pag. 36. Weſtphal Pfandrecht §. 74. Not. 97. S. 133.

12) *Fr.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 16. fol. 304 b. *Iac* CUJACIUS Commentar. ad L. 2. Cod. de debitoribus civitatum; und Meißner von ſtillſchw. Pfandrecht §. 190.

che aus den Worten: *obnoxiis corporibus alienatis* gefolgert werden könne, indem man, auch ohne eine Hypothek anzunehmen, immer ſagen könne, das Vermögen des Schuldners hafte dem Gläubiger inſofern, als es der Gegenſtand der Execution iſt, woraus der Gläubiger ſeine Bezahlung erhalten muß, endlich auch das Pfandrecht untheilbar ſey, dahingegen nach dieſem Geſetz der Beſitzer nur pro rata belangt werden könne, welches alſo nicht mittelſt der hypothekariſchen Klage, ſondern einer condictio ex Lege geſchehe. Allein alles deſſen ungeachtet, iſt es doch weit natürlicher, eine Hypothek anzunehmen, als gegen den dritten Beſitzer eine Condictio ex Lege zu ſtatuiren. Der Zweifel iſt auch wirklich leicht zu heben. Denn wer kann denn wohl vernünftigerweiſe daran zweifeln, daß die Beſitzer wenn ſie die Zahlung verweigern, nach dem Verhältniß des Antheils, den ſie an der Schuld bezahlen müſſen, zur Abtretung der an ſich gebrachten Sachen des Schuldners genöthiget werden können? dieß entſpricht wenigſtens dem Geiſt einer Klage, die gegen den dritten Beſitzer geſtattet wird, und das Geſetz ſagt auch nicht das Gegentheil. Es iſt auch gewiß in der Verbindung, in welcher hier das Wort *obnoxium* mit den corporibus, das heißt, rebus alienatis ſteht, dem Sprachgebrauche weit angemeſſener, darunter eine mehr hypothekariſche, als blos perſönliche Verpflichtung zu verſtehen [13]). Und daß das Pfandrecht zuweilen auch theilbar ſeyn könne, iſt ſchon an einem andern Orte [14]) bemerkt worden.

Den-

13) Man ſehe z. B. *L. 1. Cod. VIII. 9. de precario*, und BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Obnoxius*.

14) S. den 18. Th. dieſes Commentars §. 1076. S. 174.

Dennoch bleibt es immer eine ſinguläre Verordnung, welche ſich daher, wie auch **Balduin** bemerkt hat, auf andere Fälle, als wovon ſie ſpricht, nicht anwenden läßt. Vorzüglich merkwürdig ſind ferner

III. die ſtillſchweigenden Hypotheken, welche Kr. **Juſtinian** wegen des Heyrathsguts eingeführt hat. Hierher gehört

1) das geſetzliche Pfandrecht, welches dem Ehemanne an dem Vermögen desjenigen zuſteht, der ihm ein Heyrathsgut zu beſtellen verſprochen hat, es ſey die Frau ſelbſt, oder der Vater derſelben, oder ein Dritter. Ehemals pflegte ſich der Ehemann deswegen das Vermögen desjenigen zum Unterpfande einſetzen zu laſſen, welcher ihm ein Heyrathsgut verſprochen hatte. Denn ihm war an dieſer Sicherheit ſchon darum beſonders gelegen, weil die Beſtellung eines Heyrathsguts in dem Ehevertrage der vollgültigſte Beweiß einer geſetzmäßig geſchloſſenen Ehe war [15]. Da nun aber zuweilen die Beſtellung einer Hypothek zur Sicherheit des verſprochenen Heyrathsguts aus Unwiſſenheit unterblieb, und hierdurch der Ehemann in nicht geringe Verlegenheit gerieth, wenn der Promittent unterdeſſen inſolvent geworden, oder auch das gegebene Heyrathsgut dem Ehemann entwähret worden war; ſo verordnete **Juſtinian** in der *L. un. V.* 13. *Cod. de rei uxoriae actione*, daß ſich die Hypothek nicht nur in den wegen der Beſtellung eines Heyrathsguts ſchriftlich errichteten Verträgen immer von ſelbſt verſtehen, ſondern auch dann als geſchehen angenommen werden ſolle, wenn das Heyraths-

15) S. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 13. pag. 256.

rathsgut ohne ſeinen ſchriftlichen Vertrag verſprochen worden wäre. Die Worte dieſer Conſtitution lauten §. 1. folgendermaßen. Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis iuris articulis, tacitas hypothecas inesse accipimus: ita et in huiusmodi actione (sc. *ex stipulatu*) damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive *ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda, vel rebus dotalibus evictis: sive ipsae principales personae dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive aliae pro his personae:* et dos sive adventitia, sive profectitia sit, secundum veteris iuris nominationem. Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis poterit afferre praeiudicii: cum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induxerimus providentiam. Sicut enim et stipulationes, et hypothecae inesse dotibus intelliguntur, et inutiles stipulationes emendantur: sic et in posterum causa invenietur valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis. Dieſes Pfandrecht ſetzt alſo 1) das Verſprechen eines Heyrathsguts voraus. Denn es gründet ſich auf die Vermuthung, daß diejenigen, welche eine Verabredung wegen des Brautſchatzes treffen, dieſes anders nicht, als durch eine gültige, und mit einem Pfandrechte verſicherte Stipulation gethan haben wollen [16]. Dieſe Vermuthung findet aber bey demjenigen nicht Statt, welcher,

16) Meißner Darſtellung der Lehre vom ſtillſchw. Pfandrechte §. 145.

welcher, ohne ein Verſprechen, vermöge geſetzlicher Nothwendigkeit zur Beſtellung eines Heyrathsguts verbunden iſt [17]). Tritt hier auf vorgängiges Anrufen das Richteramt ein, und es ſind Zwangsmittel zu gebrauchen, ſo kann zwar wohl ein richterliches, aber kein ſtillſchweigendes Pfandrecht entſtehen. 2) Dieſes geſetzliche Pfandrecht findet ſowohl wegen der Präſtation des verſprochenen Heyrathsguts und der davon ſchuldigen Zinſen, als wegen des zu leiſtenden Intereſſe in dem Falle ſtatt, wenn das zuvor verſprochene Heyrathsgut zwar gegeben, aber durch einen Dritten evincirt worden iſt, oder das entwährte Heyrathsgut zwar ohne vorhergegangenes Verſprechen gegeben, aber dem Ehemann verkaufsweiſe angeſchlagen worden war [18]). 3) Es nimmt, a) wenn das Heyrathsgut vor eingegangener Ehe verſprochen worden, erſt von Zeit der vollzogenen ehelichen Verbindung [19]), b) wenn das Verſprechen aber erſt nachher geſchehen iſt, von Zeit des geſchehenen Verſprechens, und, c) im Fall das ohne Verſprechen gegebene Heyrathsgut evincirt worden iſt, von Zeit der Uebergabe ſeinen Anfang [20]). Die Hypothek iſt jedoch ohne Wirkung, wenn das Verſprechen des Heyrathsguts von einem concursmäßigen Schuldner zum Nach-

17) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1180. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 242. Meißner a. a. O. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 117.

18) LAUTERBACH c. l. von Gmelin a. a. O. S. 493.

19) MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. nr. VIII. Meißner §. 146.

20) S. von Gmelin a. a. O. S. 493.

Nachtheil ſeiner Gläubiger geſchahe [21]). Eine allgemeine geſetzliche Hypothek hat auch **Juſtinian**

2) der Ehefrau wegen des eingebrachten Heyraths-guts, ſo wie auch wegen der während der Ehe erfolgten Vermehrung deſſelben, nicht minder wegen der vor Vollziehung und nach der Trennung der Ehe erhobenen Nutzung des Brautſchatzes an dem Vermögen des Ehemannes gegeben [22]). Vor **Juſtinian** ſtand den Eheweibern wegen ihres Heyrathsguts nur ein perſönliches Privilegium zu, an welchem auch die Braut Antheil nahm, wenn ſie die dos noch vor der Ehe gegeben hatte, und dieſe nachher nicht vollzogen wurde. Dieſes Privilegium gab ihnen aber nur einen Vorzug vor andern nicht eben ſo privilegirten chirographariſchen Gläubigern, und gieng auch nicht auf die Erben über. Es war alſo nur ein privilegium personae. Dieſes perſönliche Vorrecht kommt zuerſt in einem Reſcript der Kaiſer **Severus** und **Antoninus** vom Jahr Chriſti 209. [23]) vor, welches in der *L. un. VII. 74. Cod. de privilegio dotis* ſo lautet: Scire debes,

21) MEVIUS P. V. Decis. 377. und *Frid. Adolph* WEBER Commentat. de dote a creditoribus impugnanda, praesertim constitutione eius vel agnitione in fraudem illorum facta. *Rostochii* 1812. § 13.

22) Meißner §. 162. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1181.

23) Das Jahr 210., welches in unſerm Corpus iuris Rom. ſteht, iſt unrichtig. Denn das Conſulat des Pompejanus und Avitus fällt in das Jahr 209. S. *Petri* RELANDI Fasti Consulares pag. 114. In der Spangenbergiſchen Ausgabe iſt dieſes auch in der Note zur L. un. cit. bemerkt.

bes, *privilegium dotis*, quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non tranſire. Allein der Inhalt des Geſetzes giebt zu erkennen, daß es älter ſeyn müſſe. Es iſt wahrſcheinlich durch den Gerichtsgebrauch eingeführt worden [24]. Denn das Heyrathsgut wurde von jeher ſehr begünſtiget. Dotium cauſa ſemper et ubique praecipua eſt, ſagt **Pomponius** *L.* 1. *XXIV.* 3. *D. Soluto matrimonio dos quem petat.* Nam et publice intereſt, dotes mulieribus conſervari, cum dotatas eſſe foeminas ad ſobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime ſit neceſſarium. Daß auch der Braut, wenn ſie bey nicht erfolgter Ehe den vorausgegebenen Brautſchatz zurückforderte, daſſelbige Privilegium zuſtand, lehren folgende Geſetzſtellen.

L. 74. *XXIII.* 3. *D. de iure dotium.* HERMOGENIANUS *libro V. Iuris epitomarum.* Si ſponſa dotem dederit, nec nupſerit, vel minor duodecim annis, ut uxor habeatur: *exemplo dotis*, condictioni [25]), favoris ratione, *privilegium*, quod inter perſonales actiones vertitur, tribui placuit.

L. 17. §. 1. *XLII.* 5. *D. de rebus auctoritate iudicis poſſidendis.* ULPIANUS *Lib. LXIII. ad Edictum*

24) S. Meißner §. 150. Man ſehe auch SCHNORR Hiſtor. iur. civ. de pignoribus tacite contractis. §. 19.

25) Die actio de dote konnte hier nicht ſtatt finden. Denn dieſe ſetzte eine geſetzmäßig vollzogene Ehe voraus. Es war alſo die Condictio cauſa data cauſa non ſecuta. *L.* 7. *pr. et* §. 1. *L.* 8. *L.* 9. *et* 10. *XII.* 4. *D. de condict. cauſa data.* Das Heyrathsgut wird auch hier nur eine *quaſi dos* genennt.

ctum. Si Sponſa dedit dotem, et nuptiis renunciatum est: tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est, hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est.

Es ſcheint dieſes Recht durch die Auctorität der Röm. Rechtsgelehrten eingeführt worden zu ſeyn, wie das Wort *placuit* nicht undeutlich anzeigt [26]). Gewöhnlich ließen ſich jedoch die Eheweiber zur Sicherheit ihres Heyrathsguts in den Eheverträgen eine Hypothek beſtellen, wovon mehrere Beyſpiele in den Geſetzen [27]) vorkommen. Zuweilen nahmen ſie auch Bürgen an. Dieß unterſagten ihnen aber zuerſt die Kaiſer **Gratian, Valentinian** und **Theodos** *L.* 1. *Cod. V.* 20. *Ne fideiusſores dotium dentur;* und nachher nochmals **Juſtinian** *L.* 2. *Cod. eodem.* Dafür gab ihnen aber Kaiſer **Juſtinian** in demſelben Jahre 530 durch die *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae actione* nicht nur ein allgemeines ſtillſchweigendes Pfandrecht an dem Vermögen des Ehemannes, ſondern legte dieſem Pfandrechte auch noch in der *L.* 12. *Cod. Qui potiores in pignore* vom Jahre 531. ein beſonders Vorzugsrecht bey [28]). Die Worte dieſer

26) S. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani iuris epitomar. Libros VI. ad L. 74. D. de iure dot. §. 5. pag. 812.

27) *L.* 7. §. 6. *D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 10. *Cod. Qui potiores in pignore.* RUNDE Comment. de hist. indole ac vi remedior. secur. §. 37.

28) S. *Iac.* CUJACII Recitat. solemnes in Cod. ad h. L. Ueber die Geſchichte dieſer Lehre vergleiche man auſſer **Meißner** §. 151. **Karl Alb. von Kamptz** Verſuch einer Reviſion

dieſer letztern Conſtitution lauten ſo: Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, et ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei uxoriae actioni, quam in praesenti sustulimus, magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant privilegia, et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus, si hypothecam respiciebant, illico iustitiae vigorem relaxabant, et senioribus hypothecis novas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod, et corpore et substantia, et omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam, vel pro ea ab alio. §. 1. Ad haec omnia respicientes et reminiscentes, quod et alias duas Constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, et haec omnia in unum colligentes, sancimus, *ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus, cuique*

ſion der Lehre vom Uebergang des Brautſchatz-Privilegiums auf die Deſcendenten der Ehefrau. Berlin 1811. 8. 1. Kap. §. 1 — 3.

cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Cum enim in personalibus actionibus, secundum quod diximus, tali privilegio utebatur res uxoria: quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales, vel ex his aliae comparatae non extent: sed quocunque modo vel dissipatae, vel consumtae sint, si tamen re ipsa fuerint parti mariti datae? Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia. **Beyder Conſtitutionen gedenkt auch Juſtinian in den Inſtitutionen, wenn er** §. 29. *Lib. IV. Tit.* 6. *de Actionibus* **ſagt:** Fuerat antea et rei uxoriae actio una ex bonae fidei iudiciis. Sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus, in actionem ex stipulatu, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus: merito, rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu actio, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. *Sed et tacitam ei dedimus hypothecam.* Praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur: cuius solius providentia hoc induximus.

Es entſteht hierbey 1) die Frage, ob auch der Braut wegen des ihrem Bräutigam vorausbezahlten Heyraths-

guts ein gleiches dingliches Sicherheitsrecht an dem Vermögen ihres Bräutigams zuſtehe? Viele Rechtsgelehrten [29]) tragen kein Bedenken, ihr daſſelbe ſtillſchweigende Pfandrecht einzuräumen, und es läßt ſich nicht läugnen, daß dieſe Meinung gewiß nicht unerhebliche Gründe für ſich hat. Denn Erſtens hat Juſtinian nicht gerade den Ehefrauen, ſondern dem Heyrathsgute, als ſolchem, das ſtillſchweigende Pfandrecht beygelegt, damit die Reſtitution deſſelben geſichert ſey. So heißt es wenigſtens in der *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae act.* Et ut plenius *dotibus* subveniatur, — in huiusmodi actioni damus — *hypothecam* — *pro restitutione dotis.* Er unterſcheidet alſo nicht, ob von der Reſtitution des Heyrathsguts die Rede iſt, weil die Ehe getrennt, oder weil ſie nicht vollzogen worden iſt. Eben ſo ſagt Juſtinian in der *Nov. XCVII.* cap. 4. *Dotibus* enim privilegium dedimus, ut antiquioribus hypothecis potiora iura habeant. So wie ſich nun bey jeder Beſtellung

29) *Ant.* MERENDA Controversiar. iuris. Lib. VI. cap. 33. *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. IV. cap. 13. nr. 4. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 20. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. *Ios.* FINESTRES et *de* MONSALVO in Hermogeniani ICti iuris Epitomar. Libros VI. Commentar. ad L. 74. D. de iure dot. §. 8. p. 813. *Paul. Iac.* FEUERLEIN Comm. de privilegio dotis sponsae competente. *Helmst.* 1772. *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 3. pag. 55. edit. *Car. Ern.* SCHMID. Weſtphal im Pfandrecht §. 84. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger. S. 243. MÜLLER ad Struvium P. II. Exerc. XXVI. Th. 14. not. ζ. u. a. m.

lung eines Heyrathsguts die Hypothek von ſelbſt verſtehen ſoll, ſo ſoll auch immer eine stipulatio de dote restituenda ſtillſchweigend angenommen werden. *Stipulationes enim et hypothecae inesse dotibus intelliguntur*, heißt es in der angeführten Conſtitution. Es muß alſo auch der Braut, wenn ſie bey nicht erfolgter Ehe das vorausgegebene Heyrathsgut zurückfordert, ſtatt der ehemaligen Condiction, nun die actio ex stipulatu zuſtehen. Denn **Juſtinian** ſagt *Princip. cit. L. un. Cod. de R. U. A.* Rei uxoriae itaque actione sublata, sancimus, *omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi*, sive scripta fuerit stipulatio sive non: *ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta.* Nun hat **Juſtinian** mit der actio ex stipulatu die ſtillſchweigende Hypothek verbunden. Sed et tacitam ei (sc. *ex stipulatu actioni*) *dedimus hypothecam*, ſagt er §. 29. *I. de actionibus.* Kommt alſo der Braut die actio ex stipulatu pro dote repetenda zu, ſo kann ihr auch die damit verbundene ſtillſchweigende Hypothek nicht abgeſtritten werden. Man wendet zwar ein, eine dos könne, nach dem Ausſpruche **Ulpians** *L. 3. D. de iure dot.*, sine matrimonio nicht beſtehen, ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. Allein der Einwand iſt nur ſcheinbar. Er hebt ſich, wenn man erwägt, daß die Geſetze dasjenige, was eine Braut der künftigen Ehe wegen dem Bräutigam vorausgegeben hat, nicht nur ausdrücklich dos nennen, ſondern auch als einen wahren Brautſchatz anſehen und behandeln, und zwar aus dem Grunde, weil es billig ſey. Dieß beweißt die *L. 17. §. 1. D. de rebus auct. iud. possidendis.* wo **Ulpian** ſagt: Si sponsa dedit *dotem*, et nuptiis renunciatum est,

 nup-

BAMBERG

nuptiis renunciatum est, tametsi ipsa *dotem* condicit, tamen *aequum est, hanc ad privilegium admitti*. Und die Kaiſer **Leo** und **Anthemius** beſtätigen in der *L.* 5. (VI. 61.) *Cod. de bonis, quae liberis* aus gleichem Grunde der Billigkeit die Meinung des **Julianus**, qui quidem *de dotali praedio* tractatu proposito *idem ius tam de uxore, quam de sponsa observari* arbitratus est: *licet lex Iulia de uxore tantum loquatur*. Man wird ſich aber noch mehr überzeugen, wenn man bedenkt, daß die Geſetze das Heyrathsgut überhaupt nicht blos um der Eheweiber willen, ſondern auch vorzüglich zum Beſten des Staats begünſtigen, weil dieſem daran gelegen iſt, daß das Heyrathsgut erhalten werde, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium, wie **Pomponius** ſagt *L.* 1. *D. Soluto matrimonio*, mit dem auch **Paulus** *L.* 2. *D. de iure dotium* übereinſtimmt [30]). Dieſer Grund findet nun aber auch bey einer Braut ſtatt, licet nondum uxor sit. Denn es iſt dem Staate nicht weniger daran gelegen, daß auch der Braut ihr Heyrathsgut erhalten werde, wie derſelbe **Paulus** *L.* 18. *D. de rebus auct. iudicis possid.* lehrt, wenn gleich die Ehe, um deren Willen das Heyrathsgut gegeben worden, nicht erfolgt iſt, um eine andere Ehe ſchließen zu können. Iſt nun, wie **Ulpian** *L.* 19. *D. eodem* ſagt, aus dieſem Grunde der Frau das privilegium dotis gegeben, ſo muß auch das der Ehefrau nachher aus gleichem Grunde ertheilte dingliche Sicherheitsrecht nun eben ſo gut der Braut zuſtehen, wenn gleich derſelben

30) S. *Ant.* MERENDA Controversiar. iuris Lib. III. cap. 8.

ſelben in dem Geſetz nicht namentlich gedacht worden iſt. Denn wollte man es der Braut abſprechen, weil keine Ehe erfolgt iſt, ſo müßte man es auch der Ehefrau verſagen, wenn keine Kinder in der Ehe erzeugt worden ſind? Daß aber auch eine ſolche Ausdehnung der Abſicht der Geſetze nicht zuwider ſey, erhellet daraus, weil das privilegium exigendi, welches anfangs nur den Ehefrauen, wenn ſie mit chirographariſchen Gläubigern concurrirten, wegen der Reſtitution des Brautſchatzes zuſtand, auch bloß durch billige Interpretation der Rechtsgelehrten auf die Braut iſt ausgedehnt worden, wie die oben angeführte *L. 74. D. de iure dotium* unwiderſprechlich beweißt. Ja Juſtinian geht uns ſelbſt hierin mit gutem Beyſpiele vor, wenn er in der *L. ult. Cod. Qui potiores in pignore* von dem alten privilegio dotis perſonali auf das privilegium hypothecae argumentirt, und die Inconſequenz der alten Geſetzgebung tadelt, daß ſie der actio perſonalis de dote ein Privilegium beygelegt habe, ohne die Hypothek, welche ſich vor Juſtinian die Eheweiber wegen ihres Heyrathsguts beſtellen ließen, mit einem gleichen Privilegium zu verſehen. Dieß ſind die allerdings nicht unbedeutenden Gründe, welche für die dinglichen Sicherheits-Rechte des Heyrathsguts einer Braut an dem Vermögen ihres Bräutigams ſprechen. Dennoch verſagen ihr dieſe Rechte faſt die meiſten Rechtsgelehrten [31]), und ich kann nicht läug-

31) *Henr.* ZOESIUS Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 4. nr. 19. *Hartm.* PISTORIS Obſervat. CX. nr. 7. ſqq. LAUTERBACH Colleg. theo. pract. Pand. h. t. §. 25. BERGER Oecon iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 4. VANDERANUS de privilegiis creditorum Cap. IV. nr. 11. ſqq. (in *Thes. Meerman.*

läugnen, daß die Gründe, welche für dieſe entgegengeſetzte Meinung ſtreiten, mir jene zu überwiegen ſcheinen. Denn ſo iſt Erſtens der Grund noch bis jetzt nicht widerlegt, daß Juſtinian in allen den Verordnungen, worin er von der dem Brautſchatz beygelegten Hypothek ſpricht, der Braut mit keinem Worte gedenkt, ſondern überall nur der Ehefrau unter dem Ausdruck mulier im Gegenſatz von maritus Erwähnung thut. Wer ſollte alſo wohl glauben, daß Juſtinian, welcher in der *Nov. CVII. Cap.* 1. ſagt, Klarheit ſey die erſte Forderung an eine vollkommene Geſetzgebung, die Braut ſo ganz mit Stillſchweigen übergangen haben würde, wenn er gewollt hätte, daß ihr eben die Rechte, welche er der Ehefrau wegen ihres Heyrathsguts ertheilt hat, zuſtehen ſollte, da ihm ja wohl aus ſeinen eignen Pandecten nicht unbekannt ſeyn konnte, daß ihr nach dem ältern Rechte das privilegium dotis ſo gut, als der Ehefrau, und zwar der Billigkeit wegen, eingeräumt war? Es dürfte aber auch zweytens eine zu kühne

man. Tom. II. pag. 688.) ERXLEBEN Princip. de iure pignor. §. 71. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1181. RUNDE Commentat. de historia, indole ac vi remedior. securitatis. §. 41. pag. 50. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 100. S. 345. f. u. §. 133. S. 571. (Stuttg. u. Tübingen 1813.) MALBLANC Princip. iur. Rom. T. II. P. II. §. 574. Meißner §. 156. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts 2. B. §. 643. *Christ.* GMELIN Diss. de iure dotis iu concursu creditorum. *Tüb.* 1789. §. 3. Not. n. Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 1. B. 3. Medit. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. Band §. 960. Not. 1. u. Geſterding Lehre vom Pfandrecht §. 18. S. 110.

ne Interpretation ſeyn, dieſe Verordnungen des Kaiſers Juſtinian geradezu auf die Braut zu erſtrecken. Folgende Gründe ſcheinen mir wenigſtens eine ſolche Ausdehnung nicht zu erlauben. Aus der *L. un. pr. Cod. de rei uxoriae actione* erhellet, daß **Juſtinian** die rei uxoriae actio, mit welcher ſonſt eine Ehefrau nach getrennter Ehe das Heyrathsgut zurückforderte, aufgehoben, und die actio ex ſtipulatu an deren Stelle geſetzt habe. Dieſe actio ex ſtipulatu iſt es nun, mit welcher **Juſtinian** die ſtillſchweigende Hypothek vereinigt hat, und mit welcher alſo die hypothekariſche Klage concurrirt. In wiefern daher wegen der Zurückforderung des Heyrathsguts ex ſtipulatu geklagt werden kann, in ſofern kann auch die hypothekariſche Klage angeſtellt werden. Die Worte der *L. un.* § 1. *C. de rei ux. act.* in huiusmodi actione damus hypothecam, und die der *L. ult. Cod. Qui potior. in pign.* cuique, sc. ex ſtipulatu actioni, etiam tacitam donavimus ineſſe hypothecam, laſſen uns hieran nicht zweifeln. Es kommt alſo darauf an, ob dieſe Klage auch von einer Braut wegen ihres vorausbezahlten Heyrathsguts angeſtellt werden könne, wenn ſie wegen nicht erfolgter Ehe das Heyrathsgut zurückfordert? Und hieran glaube ich mit Grund zweifeln zu können. Denn die actio rei uxoriae, an deren Stelle die actio ex ſtipulatu getreten iſt, ſtand nie einer Braut, ſondern nur einer Ehefrau zu. **Theophilus** in ſeiner griechiſchen Paraphraſe der Inſtitutionen §. 29. *de Actionibus* belehrt uns über dieſe Klage auf folgende Art: Κάι ἡ rei uxoriae πάλαι. ἥρμοζε δέ ἄυτη μετὰ διάλυσιν τῦο γάμου τῇ γυναικὶ κατὰ τοῦ οἰκείου ἀνδρὸς, ἐπὶ ἀναλήψει τῶν προικιμαίων πραγμάτον: i. e. Et olim *rei uxo-*

uxoriae actio: haec autem competebat post matrimonii dissolutionem mulieri adversus maritum suum ad rerum dotalium receptionem. Die Braut konnte ſich nur der condictio causa data causa non secuta bedienen [32]), mit welcher zwar, nach dem Beyſpiele der actio de dote, ein privilegium, quod inter personales actiones vertitur, wie **Hermogenian** *L. 74. D. de iure dot.* ſagt, verbunden war, der aber keine geſetzliche Hypothek iſt beygelegt worden. Daher ſpricht nun auch **Juſtinian** ausdrücklich nur von Eheweibern, wenn er in der *L. ult. §. 1. Cod. Qui potiores in pignore* ſagt: Sancimus, *ex stipulatu actionem,* quam *mulieribus* iam pro dote instituenda, oder, wie **Haloander** lieſet, restituenda dedimus, *cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam,* potiora iura *contra omnes* habere *mariti creditores,* licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Wenn alſo in der oben angeführten *L. un. pr. Cod. de rei uxoriae act.* geſagt wird: Rei uxoriae actione sublata, sancimus, *omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi,* ſo lehrt der ganze Zuſammenhang, daß dieſes nicht auf eine ſolche dos gehen könne, welche die Braut dem Bräutigam vorausgegeben hat, ſondern welche ehemals mit der rei uxoriae actione nach getrennter Ehe zurückgefordert wurde; und hier ſoll denn kein Unterſchied ſeyn, ſie ſey adventitia oder profectitia, wie dieſes in dem §. 1. *L. cit.* noch näher beſtimmt worden iſt, und ſo erklären ſich dann die Worte omnes dotes. Kann ſich

32) *L. 7. pr. et §. 1. L. 8. L. 9. et 10. D. de condict. causa dat. caus. non secuta.*

ſich alſo die Braut nur einer Condictio ob causam datorum bedienen, ſo kann ſie zwar bey der Zurückforderung ihres vorausgegebenen Heyrathsguts das dieſer Klage beygelegte privilegium dotis personale anſprechen; allein eine ſtillſchweigende Hypothek kann ihr deshalb nicht eingeräumt werden, weil dieſe blos der an die Stelle der aufgehobenen actio rei uxoriae getretenen actio ex stipulatu beygelegt iſt. Man ſieht alſo aus dem allen, daß man die von einer Braut vorausgegebene dos nicht als eine wahre dos behandelt habe, inſofern die Ehe nicht erfolgt iſt, und daß es daher in dieſer Hinſicht immer wahr bleibt, was **Ulpian** ſagt *L.* 3. *D. de iure dot.* dos sine matrimonio esse non potest. Daß aber **Juſtinian** der Braut wirklich nicht ein gleiches dingliches Sicherheitsrecht habe ertheilen wollen, ergiebt ſich noch weiter aus ſo manchen Aeuſſerungen deſſelben, welche ſchlechterdings nur auf Eheweiber paſſen. Z. B. wenn er *L. ult. Cod. Qui potiores in pignore* ſagt *pr.* nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, *nec quod et corpore, et substantia et omni vita sua maritus fungitur.* Ferner §. 1. Cum enim in personalibus actionibus tali privilegio utebatur res uxoria[33]): quapropter non in hypo-

33) *Res uxoria* iſt nichts anders, als dos. Mulieribus enim, ſagt Juſtinian *L.* 12. *pr. Cod. cit.* tota pene substantia in dote constituta est. Unrichtig erklärt *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. un. Cod. de rei ux. act. p. 412. dieſen Ausdruck durch matrimonium. Schon BOETHIUS ad Topica Ciceron. c. 17. nennt die actio rei uxoriae eine actio de dote. S. *Io. Iac.* WISSENBACH Comm. in L. un. Cod. cit. pag. 430. und *Io. Aug.* ERNESTI Clav. Ciceron. voc. *Uxorius.*

hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium? *Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis praeſtant, propter partus periculum, et ipſam liberorum procreationem, pro quibus multa noſtris legibus inventa ſunt privilegia?* **Juſtinian** argumentirt nun zwar freilich hier von dem Privilegium der perſönlichen Klage auf das Privilegium der Hypothek; allein ſind wir deswegen berechtiget, dieſes dingliche Privilegium dem Heyrathsgute einer Braut beyzulegen, welcher es der Geſetzgeber ſelbſt beylegen konnte, aber nirgends beygelegt hat? Man muß denn doch auch erwägen, daß Hypotheken, als Wohlthaten der Geſetze, nicht willkürlich ausgedehnt werden können. Es iſt wahr, was **Paulus** ſagt: *L. 2. D. de iure dot.* Reipublicae intereſt, mulieres dotes ſalvas habere, propter quas nubere poſſunt. Allein auch hier iſt wieder nur von Eheweibern die Rede, und der Grund, den noch **Pomponius** *L. 1. D. Soluto matrimonio* hinzufügt: cum dotatas eſſe foeminas ad ſobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime ſit neceſſarium, paßt gar nicht auf Bräute, welche das Heyrathsgut pränumerirt haben. Es verdient auch die Braut das Mitleid nicht, aus welchem es **Juſtinian** für ſo billig hielt, die Ehefrau wegen ihres Heyrathsguts vorzüglich zu begünſtigen, da es ihr freier Wille war, das Heyrathsgut noch vor Vollziehung der Ehe auszuzahlen. Nimmt man nun noch, wie auch alle behaupten, als Grundſatz an, daß die geſetzliche Hypothek wegen des Brautſchatzes erſt mit dem Zeitpunct der wirklich eingegangenen Ehe ihren Anfang nimmt, weil nun erſt eine eigentliche dos denkbar iſt; ſo kann ſie ſchon deshalb der Braut wegen ihres vorausbezahlten Brautſchatzes nicht zuſtehen.

Eben

Eben ſo ſtreitig iſt 2) die Frage, ob die dem Brautſchatz beygelegte privilegirte Hypothek auch einer putativen Ehefrau, d. i. einer ſolchen zuſtehe, welche eine an ſich nichtige Ehe bona fide geſchloſſen hat? Die meiſten Rechtsgelehrten [34]) räumen ihr ſolche ein, weil eine Putativ-Ehe zum Vortheil des unſchuldigen Theils alle Wirkungen einer rechtmäßigen Ehe habe, und einer ſolchen Ehefrau auch vor **Juſtinian** das alte privilegium dotis personale geſtattet worden ſey. Denn ſo lehre **Ulpian** *L.* 22. §. 13. *D. Soluto matrimonio.* Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, cum servus esset: concedi oportet *quasi privilegium in bonis viri mulieri*, videlicet, ut si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem: et si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier, nisi in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt, vel ex dote com-

34) MERLINUS de pignorib. Lib. III. cap. 60. BACHOVIUS Tr. de pign. et hyp. Lib. IV. Cap. 13. nr. 3. *God.* MASCOV Diss. de conjugio putativo. *Goett.* 1738. in *Opuscul.* P. II. Nr. 8. pag. 415. ERXLEBEN Princ. de iure pignor. §. 72. HOFACKER Princ. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1181. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 100. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 245. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. beſonders *Ge. Frid.* SCHARLACH Observation. pract. de dotis privilegio. *Hannoverae* 1798. Obs. 9. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris T. I. pag. 549. not. yy. Thibaut Syſt. des P. R. 2. B. §. 643. GÜNTHER Princip. iur. Rom. T. II. §. 676. not. h. Geſterding Pfandrecht. §. 18. S. 109. u. a. m.

comparatae; quasi et hae dotales sint[35]). Andere[36]) hingegen räumen ihr zwar dieſes perſönliche Privilegium, aber keine Hypothek ein, und dieſe Meinung verdient wenigſtens nach dem römiſchen Rechte den Vorzug. Denn **Ulpian** ſagt *L.* 1. §. 3. *et* 4. *D. Pro dote* ausdrücklich, daß bey einer putativen, als einer an ſich nichtigen Ehe, keine wahre dos Statt finden, und daher auch keine Usucapio pro dote vor ſich gehen könne. CASSIUS scribit, ſagt **Ulpian**, et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, *quia nulla dos sit:* quae sententia habet rationem. Eben dieſes beſtätiget **Ulpian** noch an einem andern Orte, nämlich *L.* 3. *D. de iure dot.* wo er den allgemeinen Satz aufſtellt: *Dotis* appellatio non refertur ad ea matrimonia, *quae consistere non possunt.* Daher wird der putativen Ehefrau auch bey der Zurückforderung ihres Heyrathsguts nicht die actio de dote, ſondern nur, ſo wie der Braut, eine condictio geſtattet, wie aus folgenden Geſetzen erhellet.

L. 3. *Cod. Soluto matrim.* (V. 18.) Imp. ANTONINUS A. *Hostiliae.* Si ignorans statum Erotis, ut liberum duxisti, et dotem dedisti, isque postea ser-

35) S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 3. §. Non aliena. (T. II. *Oper.* pag. 502.)

36) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 4. oder vielmehr BACH ad *Bergerum.* *Io. Nic.* HERTIUS in Diss. de matrimonio putativo. *Halae* rec. 1747. §. 37. et in *Opuscul.* Vol. I. Tom. I. Nr. 7. pag. 392. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrechte. §. 157.

servus est iudicatus; dotem ex peculio recipies: et si quid praeterea eum tibi debuisse apparuerit. Filii autem tui, ut ex libera nati, incerto tamen patre, spurii ingenui intelliguntur.

L. 1. *Cod. de condict. ob causam dator.* (IV. 6.) Imp. ANTONINUS A. *Callisthenidi.* Pecuniam, quam te *ob dotem* accepisse pacto interposito (ut fieri, quum iure matrimonium contrahitur, adsolet) proponis, impediente quocunque modo iuris auctoritate matrimonium constare, *nullam de dote actionem habet* [37]): et propterea pecuniam, quam eo nomine accepisti, *iure condictionis* restituere debes, et pactum, quod ita interpositum est, perinde ac si interpositum non esset, haberi oportet [38]).

Wäre hier von keiner putativen Ehe die Rede, ſo wäre das ob dotem Gegebene dem Fiscus zugefallen [39]). Man geſtattete alſo die Zurückforderung, und begünſtigte auch dieſelbe dadurch, daß man der Klage das privilegium exigendi beylegte. Allein wenn man ſich nun deswegen, geſtützt auf den Ausſpruch des Paulus *L.* 136. *D.*

37) So leſen Contius, Baudoza, und Hugo a Porta. In den übrigen Ausgaben, und auch in der Spangenbergiſchen, ſteht *habes.* Die Gloſſe hat habet, und erklärt dieſes von der Frau. S. *Iac.* CUJACIUS Recitat. solemn. in Codicem ad h. L. 1.

38) Beyde Conſtitutionen ſind datirt: *Laeto II.* et *Cereale* Conss. 216.

39) *L.* 61. *D. de ritu nuptiar. L.* 32. §. *ult. D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 4. *Cod. de incestis et inutilib. nupt.*

D. de div. reg. iuris, Bona fides tantundem praeſtat, quantum veritas, ohngeachtet doch **Paulus** nur von dem bonae fidei poſſeſſor ſpricht, und ausdrücklich hinzufügt, *quotiens lex impedimento non est*[40]), für berechtiget halten will, von dem perſönlichen Vorzugsrechte mit **Juſtinian**[41]) auf eine privilegirte Hypothek zu ſchließen, ſo geht man offenbar über das Geſetz hinaus. Denn man hat nicht bedacht, daß nach den oben angeführten Geſetzen[42]) die geſetzliche Wohlthat der Hypothek nur der actio de dote oder ex ſtipulatu de dote repetenda iſt beygelegt worden, welche ſchlechterdings eine gültig geſchloſſene Ehe vorausſetzt. Man wird ſich überdem aus den angeführten Stellen des **Ulpian** und den Verordnungen des Kaiſers **Antoninus Caracalla** überzeugen, daß die Regel der bona fides hier bey weitem die Ausdehnung nicht hat, wie bey dem Beſitz, beſonders wenn man damit noch die *L.* 57. §. 1. *D. de ritu nuptiar.* verbindet. Denn hätte man der putativen Ehe blos um der bona fides willen alle Wirkungen einer rechtmäßigen Ehe beygelegt, wozu bedurfte es der vielen Gründe, welche die Kaiſer **Marcus** und **Lucius** in ihrem Reſcript an die Flavia Tertulla anführen, wodurch ſie ſich veranlaßt gefunden hätten, die in dieſer Ehe erzeugten Kinder ſo anzuſehen, acsi legitime concepti fuiſſent[43])? Nach der Billig-
keit

40) S. *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad Tit. D. de div. reg. iur. h. L. pag. 571. sqq.

41) *L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potiores in pignore.*

42) *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxor. act.* *L. ult.* §. 1. *Cod. Qui potior. in pign.* §. 29. *I. de action.*

43) S. *Io. Ortw.* WESTENBERG Divus Marcus Diss. IX. §. 7. sqq. in *Operib.* a *Iungio* edit. Tom. III. p. 108. sqq.
und

keit des Canoniſchen Rechts verhält ſich nun aber freylich die Sache anders. Dieſes legt einer vermeintlichen Ehe wegen des guten Glaubens, darin ſich beyde Ehegatten, oder wenigſtens einer von beyden befanden, und wegen der ihnen nicht beyzumeſſenden Unwiſſenheit, die Rechte einer wahren Ehe, ſowohl in Anſehung des unſchuldigen Ehegatten, als in Anſehung der daraus erzeugten Kinder bey [44]. War alſo die Ehefrau in bona fide, ſo können ihr auch die Rechte einer wahren Ehefrau in Anſehung des Heyrathsguts nicht verſagt werden. Und ſo laſſen ſich denn die verſchiedenen Meinungen ſehr wohl mit einander vereinigen, wenn man zwiſchen dem Römiſchen und Canoniſchen Rechte unterſcheidet.

Noch viel ſtreitiger und wichtiger iſt aber 3) die Frage, ob auch den jüdiſchen Ehefrauen, ihres Heyrathsguts wegen, die geſetzliche Hypothek mit dem ihr beygelegten Privilegium an dem Vermögen ihrer Ehemänner zu ſtatten komme? Soviel iſt wohl gewiß, daß Juſtinian auf den Unterſchied der Religion keine Rückſicht nahm, als er diejenigen Geſetze gab, wodurch er jene Verzugsrechte

und *Herm.* NOORDKERK Obſervation. Decad. Cap. 7. pag. 134. ſqq.

44) *Cap.* 14. *X. Qui filii ſint legitimi.* (IV. 17.) Verb. dum ipſa *coniux ipſius legitima* putaretur; wobey Böhmer in ſeiner Ausgabe Not. 39. die Bemerkung macht: Inde tale matrimonium, bona fide, ob ignorantiam etiam unius coniugis, in facie eccleſiae contractum, vocatur *putativum*, quod intuitu liberorum et innocentis coniugis omnes effectus legitimi matrimonii habet. Man ſehe auch Ge. Lud. Böhmers auserleſene Rechtsfälle 1. B. 1. Abth. Nr. 22.

rechte des Heyrathsguts zu Gunſten der Eheweiber zuerſt einführte. Es ſind auch die von ihm ſelbſt angeführten Gründe ſo allgemein und weit umfaſſend, daß an eine Einſchränkung dieſer Rechte in Anſehung der jüdiſchen Ehefrauen auch nicht entfernt konnte gedacht ſeyn, zumal da nach der Verordnung der Kaiſer Arcadius und Honorius *L. 8. Cod. de Iudaeis*[45]) die Juden in ihren Rechtsſachen nach den Römiſchen Geſetzen ſollten beurtheilt werden. Zwar hatten die Juden in Paläſtina im Jahr 525 einen Aufſtand erregt, welcher mit Enthauptung ihres Anführers Julian, der ſich für den Meſſias derſelben ausgegeben hatte, beygelegt wurde[46]); man könnte alſo denken, daß der Kaiſer die jüdiſchen Eheweiber aus Haß von jener Rechtswohlthat werde ausgeſchloſſen haben. Allein da die *L. 12. Cod. Qui potior. in pignore* erſt zwey Jahre nach jenem Aufſtand war gegeben worden, wo Juſtinian ſchon längſt wieder mit den Juden ausgeſöhnt war, ſo hatte dieſer Umſtand auf die gedachte Geſetzgebung keinen Einfluß. Aber im Jahre 541 gab Juſtinian eine merkwürdige Verordnung, wodurch er den orthodoxen Glauben der Weiber zur weſentlichen Bedingung der ihrem Hey-

45) Iudaei, *communi Romano iure viventes*, in his cauſis, quae non tam ad ſuperſtitionem eorum, quam ad forum et leges ac iura pertinent, adeant ſolemni more iudicia, omnesque *Romanis legibus* conferant et excipiant actiones. So iſt die Leſeart dieſes Geſetzes aus *L. 10. Cod. Theod. de iurisdict.* zu berichtigen. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad Cod. Theodos. Tom. I. Lib. I. Tit. 1. pag. 101. ſqq.

46) BASNAGE Hiſtoire de Juifs. Tom. IV. Liv. 6. Chap. 21. §. 9.

Heyrathsgute beygelegten Privilegium machte. Dieß iſt die *Nov. CIX.* welche die Controvers veranlaßt hat, ob die Eheweiber der Juden auch jetzt noch an dieſen Privilegien Antheil haben? Nach **Hombergks** Ueberſetzung lauten die Worte folgendermaßen:

Praefatio.

Unicum nobis auxilium per omnem Reipublicae nostrae et Imperii vitam spem in Deum esse credimus, idque animae et Imperio nostro salutare esse scimus. Quare leges etiam nostras exinde pendere, ad eam respicere, ipsamque earum initium, medium et finem esse convenit. Omnes igitur sciunt, eos, qui ante nos imperarunt, et maxime LEONEM piae memoriae, et IUSTINUM divae memoriae, patrem nostrum, in constitutionibus suis, omnes haereticos prohibuisse, ne ullius militiae participes essent, nec ad publica munera admitterentur, ne praetextu militiarum et publicorum munerum, sanctae, catholicae et Apostolicae Ecclesiae Dei partem affligerent. Nos quoque ipsi hoc ipsum fecimus, constitutionibus nostris illa confirmantes. *Haereticos* autem et illi dixerunt et nos dicimus, qui diversarum haeresium sunt: quibus conjungimus et connumeramus etiam eos, qui Nestorii iudaicam sequuntur insaniam, et Eutychianistas, et Acephalos, et quicunque Dioscori et Severi pravas opiniones sectantur, qui Manichaei et Apollinaris impietatem renovant, et ante omnia[47]),

qui

47) Die alte Verſion hat hier richtiger: et ad hoc omnes. Haloander: et insuper quicunque.

qui non sunt membrum sanctae, catholicae et Apostolicae Ecclesiae Dei, in qua uno ore omnes sanctissimi totius terrarum orbis Patriarchae, tum ille, qui in Roma occidentali, tum qui in regia hac urbe, et Alexandria, et Theopoli, et Hierosolymis est, omnesque ipsis subjecti sanctissimi Episcopi, Apostolicam fidem et traditiones praedicant. Illos igitur, qui immaculatam communionem in Catholica Ecclesia a sacerdotibus eius Dei amantissimis non accipiunt, haereticos iuste vocamus. Nam licet illi Christianorum nomen sibi imponant, cum tamen se ipsos a vera Christianorum fide et communione separent, Dei iudicio sese subiicere intelliguntur.

Cap. I.

Leges igitur de haereticis latae omnibus manifestae sunt. Nos vero cum eos, qui Orthodoxorum fidem amplectuntur, eique adhaerent, majus privilegium prae illis habere velimus, qui se ab ovili Dei separant, (quoniam iustum non est, ut haeretici cum orthodoxis aequalibus privilegiis digni habeantur) propterea ad hanc legem respeximus. *Quoniam enim feminis privilegium dotium dedimus, ut et antiquioribus creditoribus praeferantur, et meliore loco sint, quamquam tempore vincantur: in donationibus vero propter nuptias, ut secundum tempora, quibus fiunt, hypothecas habeant: omnibus in praesentiarum per sacram hanc nostram legem manifestum facimus, nos et hoc privilegium, et tacitas hypothecas, caeteraque omnia, quae mulieribus*

bus in diversis privilegiis a legibus nostris data sunt, illis solis concedere, (ut iis fruantur, et beneficiis eorum utantur) quibus curae est, ut rectam et adorandam nostram fidem (Catholicae scilicet et Apostolicae Ecclesiae) teneant, et de salutari eius communione participent. Quae enim a sancta, catholica et Apostolica Ecclesia Dei se ipsas separant, neque in ea immaculatam communionem a Sacerdotibus eius Dei amantissimis accipere sustinent, eas omnino his privilegiis frui nolumus. Nam si a donis Dei se ipsas separant, et a sacra et immaculata communione se alienas reddunt, multo magis nos eas privilegiis illis indignas habebimus, nec permittemus, ut legum nostrarum favore fruantur: sed ad beneficia legum illis nullo modo aditus pateat, omnique privilegio constitutionibus nostris ipsis dato priventur.

Cap. II.

Licebit vero illis, si ad meliorem mentem redierint, et rectam atque veram fidem amplexae fuerint, illique semper adhaeserint, donis illis et privilegiis frui. Haec autem in omni ditione nostra valeant et observentur, ——. *Iudices itaque, apud quos contra mulieres aut a mulieribus privilegia quaedam sibi vindicare volentibus, lites moventur, ad praesentis nostrae legis vim respicere convenit: et si eas non orthodoxae fidei esse, nec incontaminatam et adorandam communionem in sanctissima Catholica et Apostolica Ecclesia a venerabilibus eius Sacerdotibus accipere deprehendant, illis non concedere, ut privilegiis nostrarum constitutionum fruantur.*

Dieſe Novelle redet nun zwar freylich nicht von jüdiſchen, ſondern von ketzeriſchen Eheweibern, welche ſich von der rechtgläubigen Kirche getrennt, und ſich durch ihre Abtrünnigkeit der Rechte und Privilegien der Ehefrauen unwürdig gemacht haben. Sie ſcheint alſo die Eheweiber der Juden gar nichts anzugehen, da der Begriff von haeretici, welchen **Juſtinian** hier gegeben hat, und den ſchon vor ihm die Kaiſer **Gratian**, **Valentinian** und **Theodos** *L.* 2. *Cod. de haereticis* (I. 5.) gegeben hatten, wenn ſie ſagen: *Haereticorum* vocabulo continentur, qui a iudicio et tramite catholicae religionis vel levi argumento detecti fuerint deviare, gar nicht auf ſie paßt, weil ſie nie Mitglieder der chriſtlichen Kirche waren, und folglich ſich auch keiner Abtrünnigkeit von derſelben ſchuldig machen können. Hierzu kommt noch, daß auch in andern Geſetzen [48]) die Juden von den haereticis ausdrücklich unterſchieden werden. Dieſer Unterſchied wird auch dadurch noch deutlicher zu erkennen gegeben, daß von beyden in ganz verſchiedenen Titeln des Codex gehandelt wird, nämlich Tit. 5. und Tit. 9. libri I. Zwiſchen beyden hatte auch eine ſo große Verſchiedenheit der Rechte Statt, daß von dem einem auf die andern nicht wohl geſchloſſen werden kann. Denn die haeretici waren mit einer Infamie behaftet, ſie waren von den Rechten und der Gemeinſchaft der Bürger ausgeſchloſſen, und weder teſtaments- noch erbfähig [49]); dahingegen die Juden

48) *L.* 12. *et L.* 13. *Cod de haereticis.*

49) Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* GOTHOFREDI Paratitlon ad Libri XVI Tit. 5. Cod. Theodos. de haereticis Tom. VI. pag. 116. ſqq. edit. *Ritter.*

den die Rechte der Bürger im Staate genoſſen, und eine freye Uebung ihrer Religion hatten [50]) Aus dieſen Gründen behaupten daher viele Rechtsgelehrten [51]), daß die gedachte Novelle auf die Ehefrauen der Juden um ſo weniger angewendet werden könne, je bekannter es ſey, daß correctoriſche Geſetze immer ſtreng erklärt werden müßten, Allein,

50) *L.* 8, 11, *et* 13. *C. de Iudaeis.* S. auch *Iac.* GOTHOFREDI Paratitlon ad Libri XVI. Tit. 8. Cod. Theod. de Iudaeis Tom. I. pag 135. sqq.

51) *Ant.* NEGUSANTIUS Tr. de pignorib. et hyp. P. II. Membr. IV. nr 69 p. 129. *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 5. *Iust. Henn.* BOEHMER Iur. Eccles. Prot Tom. IV. Lib. V. Tit. 6. §. 62. *Io. Iod.* BECK Tr. de iurib. Iudaeor. Cap. VII. §. 22. *Henr. Christ. de* SENCKENBERG Comm. de iure ac privilegio dotis illatorumque in concursu creditorum, tum in genere, tum in specie quoad mulieres Iudaeas. *Giessae* 1729. *Io. Christ.* KOENIGKE Progr. de iuribus ac privilegiis iudaicis competentibus. *Lipsiae* 1733. *Io. Henr.* CHRISTIANI Diss. de privilegio dotis Iudaeorum uxoribus in concursu creditorum nec iure Rom. nec hodierno denegando. *Helmst.* 1793. *Ger. Frid. Henr.* BÜTEMEISTER Deduct. iurid. de privilegio dotis mulieribus iudaicis non denegando. *Goett.* 1792. 8. *Ge. Frid.* SCHARLACH Observat. pract. de dotis privilegio. Obs. 8. *Io. Siegm.* THIELE Princip. iurisprud. iudaicae §. 153. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 5. §. 100. S. 346. Chriſt. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die intereſſanteſten Gegenſtände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band. 7. Betracht. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger S. 246. f. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. S. II. §. 574. von Zangen über weibliche Bürgſchaften. Gieſſen 1804. S. 32. ff. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. § 960. Not. 2. u. a. m.

Allein, aller dieſer Gründe ungeachtet, giebt es eben ſo viele Rechtsgelehrten [52]), welche, von der Stärke derſelben nicht überzeugt, den jüdiſchen Eheweibern nach dem Geiſt der Novelle 109 die dinglichen Sicherheitsrechte und Privilegien des Heyrathsguts abſprechen; und dieſer Meinung muß man ſchon darum den Vorzug geben, weil ſonſt das Geſetz mit ſich ſelbſt im Widerſpruche ſtehen würde. Man würde zwar allerdings den Judenweibern Unrecht thun, wenn man behaupten wollte, daß ihretwegen das Geſetz gegeben ſey. Denn Juſtinian führt ja die Secten namentlich an, mit deren Irrlehren die Kirche ſeines Zeitalters zu kämpfen hatte. Das kann uns aber auch ſehr gleichgültig ſeyn, ob Juden oder Ketzer das Geſetz veranlaßt haben. Es kommt auf deſſen Sanction an. Dieſe ſpricht ſich nun aber ganz beſtimmt in dem Satze aus, daß die Vorzüge, welche Juſtinian in verſchiedenen ſeiner Ver-

52) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. *Frid. Es. a* PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obs. 208. Struben rechtliche Bedenken Th. 3. Bed. 68. *Car. Frid.* WALCH Progr. de privilegio dotis Iudaeae. *Ienae* 1785. (in Ej. *Opuscul.* Tom. III) *Ej.* Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. Cap. III. Membr. I. §. 2. Runde Grundſ. des allgem. deutſchen Privatrechts §. 643. von Cramer Nebenſtunden 3. Th. Nr 2. et 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1212. Danz Handbuch des heut. deutſchen Privatrechts. 7. B. §. 643. S. 251. ff. Thibaut Syſtem des Pand. R. 2. B. §. 643. Claproths Rechtsfälle 1. B. Nr. 17. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 7. B. Med. 380. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrechte §. 158. u. 159. *Iud. Thad.* ZAUNER Introduct. in ius Digestor. P. II. Lib. III. Sect. V. Tit. 3. §. 4. pag. 141.

Verordnungen den Ehefrauen zur Sicherheit ihres Heyrathsguts gegeben hat, nur denjenigen Eheweibern allein zuſtehen ſollen, welche dem Glauben der apoſtoliſchen Kirche von ganzem Herzen ergeben ſind, und an der ſeligmachenden Gemeinſchaft dieſer Kirche Antheil nehmen. Wäre es nun nicht der evidenteſte Widerſpruch, wenn die ketzeriſchen Eheweiber, welche ſich durch des Neſtorius iudaicam inſaniam haben hinreiſſen laſſen, von der rechtgläubigen und apoſtoliſchen Kirche abtrünnig zu werden, von den Privilegien des weiblichen Heyrathsguts ſollten ausgeſchloſſen, und die jüdiſchen Eheweiber derſelben theilhaftig ſeyn? Paßt auch der Begriff von haereticus nicht ganz auf ſie, ſo ſind ſie doch wenigſtens keine Mitglieder der chriſtlichen Kirche, und dieſe alle, qui non ſunt membrum ſanctae catholicae et apoſtolicae Eccleſiae Dei, ſchließt ja das Geſetz ganz ausdrücklich an die Ketzer an. Sind nun die Richter angewieſen, allen Eheweibern das hypothekariſche Vorzugsrecht des Heyrathsgutes rund abzuſprechen, welche ſie nicht dem orthodoxen Glauben der apoſtoliſchen Kirche ergeben fänden, wie können ſie die Judenweiber zum Genuß derſelben laſſen, da die Juden ſo gut, wie die Ketzer, in den Geſetzen überall den Orthodoxen gegenüber geſtellt werden? [53]) So lang alſo noch die Novelle 109. des Kaiſers Juſtinian gilt, haben jüdiſche Eheweiber ihres Heyrathsguts wegen an dem hypothekariſchen Vorzugsrechte, welches Juſtinian dem Brautſchatze beygelegt hat, keinen Antheil, ob ihnen gleich das perſönliche

53) *L. 12. L. 21. Cod. de haeretic. L. 2. Cod. Ne chriſtianum mancipium haereticus vel Iudaeus vel paganus habeat.*

che Privilegium niemand verſagen wird, denn dieſes fordert keine Rechtgläubigkeit [54]).

Es entſteht endlich noch 4) die Frage, ob die geſetzliche Hypothek auch dem Dritten zu ſtatten komme, welcher das Heyrathsgut für die Frau gegeben, und ſich den Rückfall deſſelben ausbedungen hat? Lieſet man mit Aufmerkſamkeit, was Juſtinian *L. un.* §. 1. *Cod. de rei ux. act.* ſagt: Et in huiusmodi actione sc. ex stipulatu damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti *pro resitutione dotis;* sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda,—— sive ipsae principales personae dotes dederint, —— sive aliae pro his personae: ſo hat man wohl mehr Grund daran zu zweifeln, daß ſich der Dritte dieſer Hypothek bedienen könne, als denen beyzuſtimmen, welche ihm dieſelbe, obwohl ohne das damit verbundene Vorzugsrecht, einzuräumen kein Bedenken finden [55]). Denn nur die actio ex stipulatu, welche an die Stelle der rei uxoriae actio geſetzt worden, iſt es, mit welcher das Geſetz die ſtillſchweigende Hypothek verbunden hat. Dieſe Klage, welcher Juſtinian auſſer den Vortheilen, die ſie der Ehefrau ſchon ihrer Natur nach gewährte, auch noch das beneficium bonae fidei beygelegt hat, ohnerachtet ſie ſonſt ihrer Natur nach eine actio stricto iure vallata iſt, wie ſich der

Kaiſer

54) Schweppe Syſtem des Concurſes der Gläubiger. §. 76. S. 110. und Meißner §. 158. S. 399.

55) IASON ad L. un. C. de rei ux. act. *Io.* IENSIUS Strictur. iur. civ. ad Rom. iuris Pand. et Cod. ad L. un. §. 1. Cod. de Rei ux. act. pag. 588. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 100. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht §. 161.

Kaiſer §. 2. der angeführten *L. un.* ausdrückt, ſteht nun aber dem Dritten keinesweges zu, ſondern derſelbe hat ſich entweder die Rückgabe des Heyrathsguts mittelſt einer förmlichen Stipulation verſprechen laſſen, oder ohne Stipulation. Im erſten Falle hat er zwar eine actio ex stipulatu, allein dieſer Klage iſt ſo wenig, als der ihm in dem zweyten Falle nach §. 13. *cit. L. un.* zuſtehenden civili praescriptis verbis actioni eine Hypothek beygelegt. Denn keine von beyden Klagen hat die Eigenſchaften der actio ex stipulatu erhalten, welche zu Gunſten der Ehefrau nach der Natur der alten rei uxoriae actio modificirt worden iſt. Iſt alſo die dem Dritten zuſtehende actio ex stipulatu, nicht die, welche an die Stelle der rei uxoriae actio getreten iſt, ſo kann ſie auch mit der dieſer Klage beygelegten Hypothek nicht verbunden ſeyn. Und ſo urtheilt auch **Bachov** [56]), dem **Lauterbach** [57]) und **Hofacker** [58]) mit Recht beygetreten ſind. Gleichwohl haben ſich manche durch die Worte: sive ipsae principales personae dotes dederint, sive *aliae pro his personae*, auf den Gedanken bringen laſſen, als ob auch die Stipulation des Rückfalls dem Dritten, welcher das Heyrathsgut für die Frau gegeben hat, ein ſtillſchweigendes Pfandrecht gewähre. Allein ſie irren. Denn offenbar iſt in den angeführten Worten nicht von ſolchen Perſonen die Rede, denen die Hypothek zuſtehen, ſondern gegen die ſie ausgeübt werden ſoll, indem die Hypothek nur dem Ehemann wegen des verſprochenen, der Frau aber wegen des

56) Tr. de pignorib. Lib. I. Cap. 10. nr. 2.

57) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

58) Princip. cur. civ. R. G. Tom. II. §. 1181.

des eingebrachten Heyrathsguts gegeben worden iſt. Wie wenig es die Abſicht des Geſetzgebers geweſen ſey, dem Extraneus, der das Heyrathsgut gegeben hat, ein gleiches Recht mit der Ehefrau zu geſtattet, ſieht man vorzüglich aus dem §. 13. *L. un. Cod. cit.* wo es heißt: In praesenti autem non sic esse volumus, sed si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: tunc praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat. Neque enim in hac specie volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse, *ne quod pro mulieribus introduximus, hoc adversus mulieres convertatur.*

Soviel übrigens den Anfang der Hypothek anbetrifft, welche der Frau wegen ihres Brautſchatzes zuſteht, ſo fängt dieſe zwar von Zeit der eingegangenen Ehe an, es wird aber doch vorausgeſetzt, daß das Heyrathsgut dann ſchon bezahlt, oder wenigſtens von Jemandem für die Frau auf eine rechtsverbindliche Art verſprochen worden ſey, weil in dieſem letztern Falle der Ehemann der Frau dafür haftet, wenn er ſich das Heyrathsgut nicht auszahlen läßt, oder in Erhebung deſſelben ſich einer der Frau nachtheilig gewordenen Saumſeligkeit ſchuldig macht [59]. **Papinian** lehrt

59) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. BACHOVIUS ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. XXIV. Th. 7. lit. B. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1181. *Ge. Frid.* SCHARLACH Observat. pract. de dotis privilegio. *Hannov.* 1798. 8. Obs. XVI. pag. 131. sqq. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. Meißner §. 168. Geſterding Pfandrecht §. 18. S. 109.

lehrt dieſes ganz beſtimmt, wenn er *L.* 1. *pr. D. Qui potior. in pignore* ſagt: Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promissit, compellitur: non utique solutionum observanda sunt tempora, sed *dies contractae obligationis.* Nec probe dici, in potestate eius (scilicet mariti) esse, ne pecuniam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. Zwar iſt hier nur von einer ausdrücklichen Verpfändung die Rede, allein der hier angeführte Grund iſt allgemein, und muß daher auch von der ſtillſchweigenden Hypothek gelten.

Wegen der Vermehrung des Heyrathsguts kann aber nicht auf die Zeit geſehen werden, da das Pfandrecht wegen des Heyrathsguts selbſt ſeinen Anfang nimmt [60]); ſondern es fängt erſt von der Zeit an, da die Vermehrung geſchahe. Hierher gehören auch die bürgerlichen und natürlichen Früchte, die nach getrennter Ehe vom Heyrathsgute percipirt worden ſind [61]) Die Ehefrau hat ferner

IV. wegen ihres Paraphernal-Vermögens eine ſtillſchweigende Hypothek an dem ganzen Vermögen des Ehemannes, wenn ſolches in Kapitalien beſteht, welche der Mann erhoben hat [62]). Dieſes Pfandrecht nimmt von Zeit

60) Arg. *L.* 19. *Cod. de donat. ante nupt.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 30. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 99. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrechte §. 168. Nr. 2. S. 423.

61) Arg. *L. un.* §. 7. *Cod. de rei ux. act. L.* 11. *L.* 31. §. *ult. D. Soluto matrimonio.* LAUTERBACH c. l. §. 31.

62) EMMINGHAUS Diss. de pignore legali, quod uxori propter bona paraphernalia in bonis mariti competit, *Ienae* 1788.

Zeit des Empfanges dieſer Gelder ſeinen Anfang [63]), iſt aber mit keinem Vorzugsrechte verſehen, und findet auch nur dann Statt, wenn ihr deshalb keine ausdrückliche Hypothek conſtituirt worden iſt. Hierher gehört die Verordnung des Kaiſers Juſtinian vom Jahre 530. welche in der *L.* 11. *Cod.* (V. 14.) *de pactis conventis* enthalten iſt: Si mulier marito suo *nomina* (id est foeneratitias cautiones) quae *extra dotem* sunt, dederit, *ut loco paraphernorum apud maritum maneant*, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum: ——— sancimus, ——— si quidem in dotali instrumento hypothecae pro his nominatim a marito scriptae sunt, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minime hoc scriptum inveniatur: *ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit.* Die Praxis pflegt zwar ſchon längſt dieſe geſetzliche Hypothek auf das ganze Paraphernal-Vermögen auszudehnen [64]), aber nie hat ſie gewagt, das dem Heyrathsgute eigene Vorzugsrecht

1788. Meißner §. 163. Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. Band. §. 643. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 960. Not. 3. MEISTER Diss. de bonis uxoris ex Rom. iuris praesumtione non paraphernalibus, sed dotalibus. *Goett.* 1769. §. 5. not. 19. pag. 29.

63) *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 207. §. 6. Meißner §. 168. nr. 3. S. 424.

64) CARPZOV P. II. Const. 24. Def. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33. von Gmelin Ordn. der Gläubiger. §. 115. HOFACKER T. II. §. 1181. Beſonders PUFENDORF c. l. §. 2. et 3. *a* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CCXXVI. medit. 7.

recht auch auf jenes zu erſtrecken [65]). Hat der Ehemann die Kapitalien nicht wirklich erhoben, ſo findet keine ſtillſchweigende Hypothek Statt, und er kann die davon erhobenen Zinſen zu ſeinem und ſeiner Frau Nutzen verwenden [66]). Er ſteht auch nicht für die Gefahr der Kapitalien, ſo lange er ſie noch nicht wirklich erhoben hat, wenn ihm auch gleich die Schuldſcheine von der Ehefrau wären eingehändiget worden [67]); weil bis dahin noch immer die Frau das Recht hatte, die Gelder ſelbſt, oder durch einen andern Bevollmächtigten von den Schuldnern beyzutreiben. Nur erſt durch die wirkliche Erhebung der Kapitalien wird er der Frau dafür verantwortlich, wenn er bey deren Verwaltung und weiteren Anlegung nicht diejenige Vorſicht beobachtet, welche er ſeinen eigenen Geſchäften zu widmen pflegt. Ante enim, heißt es weiter in

65) *Huld. ab* EYBEN Diſp. de iure paraphernorum. §. 22. in *Eiusd.* Scriptis a *Hertio* editis. pag. 314. und SCHARLACH Obſervat. pract. de dotis privilegio Obs. 14.

66) *L.* 11. *cit. Verb.* Sancimus, ſi quid tale evenerit, actiones quidem omnimodo apud uxorem manere, licentiam autem marito dari easdem actiones movere apud competentes iudices, nulla ratihabitione ab eo exigenda: *et uſuras quidem eorum circa ſe et uxorem expendere, pecunias autem ſortis, quas exegerit, ſervare mulieri.*

67) In den Baſiliken *Lib. XXIX.* Tit. 5. Conſt. 40. T. IV. pag. 697. heißt es: ἐχέτο ἀπὸ τόυτου τῦυ νομου σιωπηρὰς ὑποθήκας ἡ γυνὴ ἁρμοζουσας ἀυτῆ ἐξ ἐκείνου τῦυ καιρῦυ ἐξ οὖ ὁ ἀνὴρ ἀπῄτησεν, ὀυ μὴν ἐξ ὄυ τὰ γραμματεῖα δέδωκεν. i. e. *Habeat ex hac Lege tacitam hypothecam mulier, competentem ei ex eo tempore, quo maritus exegit, non autem ex eo. quo cautiones dedit.*

in der oben angeführten Conſtitution, habeat mulier ipsa facultatem, si voluerit, per maritum, sive per alias personas easdem movere actiones, et suas pecunias percipere, et ipsas cautiones a marito recipere, securitate ei competente facienda. *Dum autem apud maritum remanent eaedem cautiones: et dolum et diligentiam maritus circa eas praestare debet, qualem et circa suas res habere invenitur:* ne ex eius malignitate, vel desidia aliqua mulieri accedat jactura. Quodsi evenerit, ipse eandem de proprio resarcire compelletur. Da alſo die ſtillſchweigende Hypothek in Anſehung der Paraphernalien erſt von Zeit der wirklichen Empfangnehmung des Geldes ihren Anfang nimmt, ſo muß wohl das Nämliche Rechtens ſeyn, wenn das Paraphernal-Vermögen der Frau gleich Anfangs im baarem Gelde beſteht, und dieſes dem Mann zur Verwaltung überlaſſen worden iſt [68]. Die Ehefrau hat endlich auch

V. eine geſetzliche General-Hypothek auf dem Vermögen des Mannes wegen der ihr auf den Fall der Verarmung ihres Ehemanns zu ihrem und ihrer Kinder Unterhalt ausgeſetzten donatio propter nuptias und zwar von Zeit der geſchehenen Ausſetzung derſelben an [69]. Sie wird

68) Anderer Meinung iſt jedoch Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht §. 163. S. 406.

69) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 36. et 37. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCXXVI. med. 8. *Car. Lud. Guil.* GROLMANN Comm. de donatione propter nuptias. *Giessae* 1795. Cap. II. §. 7—12. von Gmelin angef. Ordn. der Gläubiger §. 116. und Meißner vom ſtillſchw. Pfandr. §. 164.

wird zwar von einigen [70]) in Zweifel gezogen; allein ohne hinreichenden Grund, da die *Nov.* 109. Kap. 1. ganz beſtimmt ſagt: *in donationibus vero propter nuptias, ut ſecundum tempora, quibus fiunt, hypothecas habeant.* Es wird auch ſchon vorher in der *L.* 12. *Cod. Qui potior. in pignore* darauf angeſpielt, wenn **Juſtinian**, nachdem er von dem privilegirten Pfandrecht wegen des Heyrathsguts geſprochen hatte, §. 2. fortfährt: Haec autem tantum ad dotem ſancimus, non ad *ante nuptias donationem*, quam ſuo tempori ſervire diſponimus, et habere inter creditores ſui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, ſed ne damnum patiantur, ſuisque rebus defraudentur, curamus. Man hat zwar gerade aus dieſen Worten beweiſen wollen, daß der Frau wegen der ihr ausgeſetzten donatio propter nuptias keine ſtillſchweigende Hypothek zuſtehe, weil ſie dabey bloß gewinne, und nur gegen Schaden gedeckt ſeyn ſolle [71]). Allein es leuchtet in die Augen, daß hier auch bey der donatio propter nuptias eine Hypothek vorausgeſetzt werde. Denn Juſtinian ſpricht nur von dem Privilegium der Hypothek, welches er dem Heyrathsgute beygelegt hat. Da nun die donatio proter nuptias mit des dos eine ſolche Aehnlichkeit hat, ut et nomine et ſubſtantia nihil diſtet a dote, ſed aequis paſſibus utraque ambulet,

70) BACHOVIUS Tr. de pignor. Lib. I. Cap. 10. nr. 3. und *Tob. Iac.* REINHARTH Diſs. de uxore in donatione propter nuptias neque dominium neque hypothecam tacitam habente. *Erfordiae* 1729.

71) Man vergleiche REINHARTH Diſs. cit. §. 22.

let, wie Juſtinian *L. 20. Cod. de donat. ante nupt.* ſagt; ſo beſorgte der Geſetzgeber, man möchte auf die Gedanken gerathen, daß das privilegium hypothecae dotis auch der donatio propter nuptias zukomme. Dieſem Mißverſtändniß ſuchte nun der Kaiſer dadurch zu begegnen, daß er verordnete, das privilegium hypothecae ſollte nur dem Heyrathsgute, aber nicht der donatio propter nuptias zukommen [72]). Daß aber auch hier von keiner ausdrücklichen Hypothek die Rede ſey, welche ſich die Ehefrau der donatio propter nuptias wegen auf dem Vermögen des Ehemanns hat beſtellen laſſen, ergiebt ſich ganz deutlich aus der Novelle 109. Kap. 1. und es iſt ein ſehr unerheblicher Einwand, daß die Worte bloße enunciative Worte wären, da Juſtinian beſtimmt genug ſagt, nos et privilegium dotis, et *tacitas hypothecas*, caeteraque omnia, quae mulieribus in diversis privilegiis *a legibus nostris* data sunt, illis solis concedere, ut iis fruantur et beneficiis eorum utantur, quibus curae est, ut rectam et adorandam nostram fidem teneant. Es erhellet hieraus zugleich, daß nicht blos das privilegium hypothecae dotis, ſondern auch die übrigen zu Gunſten der Eheweiber von Juſtinian eingeführten geſetzlichen Hypotheken nur auf die rechtgläubigen Eheweiber ſollen eingeſchränkt ſeyn. Beſteht die donatio propter nuptias in beſtimmten körperlichen Sachen, welche entweder der Frau tradirt, oder, wenn es unbewegliche Sachen ſind, ihr in den Ehepacten zur antipherna verſchrieben worden ſind, ſo wird ihr das Eigenthumsrecht daran

72) S. GROLMAN Diss. cit. §. 9 — 12. wo Reinharths Gründe widerlegt ſind.

daran zugeſtanden, und die Reivindication geſtattet [37]). Die Ausübung dieſes Eigenthums ruhet jedoch ſo lang, als der Mann die Laſten der Ehe ſelbſt beſtreitet und zu beſtreiten im Stande iſt [74]). Iſt der Frau die Donatio propter nuptias blos als Erſatz für das eingebrachte Heyrathsgut ausgeſetzt worden, ſo tritt ſie an die Stelle des Heyrathsguts, und hat alſo auch das Privilegium deſſelben [75]). Beſteht ſie aber, was man jetzt insgemein unter der donatio propter nuptias verſtehen will, in der bloßen Anweiſung eines beſtimmten Unterhalts der Frau während des Wittwenſtandes, ohne Rückſicht auf Heyrathsgut; ſo iſt ſie nach der Meinung der heutigen Rechtsgelehrten [76]) mit gar keiner ſtillſchweigenden Hypothek verſehen, wenn ihr die Landesgeſetze keine beygelegt haben. Ein allgemeines ſtillſchweigendes Pfandrecht haben

VI. die Kinder [77]) und zwar

1) wegen ihres mütterlichen oder von mütterlichen Aſcendenten herrührenden Vermögens an dem Vermögen des

73) *Nov. LXI. Cap.* 1. S. *Io. Gottl.* HEINECCII Diſs. de uxore Rom. per propter nuptias donationem de alimentis ſecura tantum. *Halae* 1740. §. 24.

74) GROLMAN Diſs. cit. §. 8. et §. 13—17. und Meißner §. 165.

75) von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 116. S. 491. MEVIUS P. I. Decis. 173. HOFACKER Princip. iur. civ. R. Germ. T. I. §. 488.

76) *Frid. Es. a* PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obs. 39. §. 27. und *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 12. not. m.

77) S. *Io. Aug.* HELLFELD Diſs. de diverſo pignoris iure liberis in parentum bonis competente. *Ienae* 1754. (in *Opus-*

des Vaters, ſofern der Vater die Güter der Kinder verwaltet. Dieſe Hypothek gab zuerſt **Juſtinian** den Kindern, und ſie nimmt nicht erſt von der Zeit ihren Anfang, da der Vater die Adminiſtration übernommen, oder durch ſchlechte Verwaltung deſſelben die Kinder in Schaden gebracht hat, ſondern ſie fängt gleich von der Zeit an, da der Vater von dem Erwerbe dieſes Vermögens Wiſſenſchaft erhielt, und er die Verwaltung deſſelben hätte übernehmen müſſen, wie aus folgenden Geſetzen erhellet.

L. 8. §. 5. *Cod. V.* 9. *de secundis nuptiis.* Illius etiam patris, qui in sua potestate liberos habens, *maternam* eis *substantiam*, vel *ex materna linea* ad eos devolutam servare compellitur, *bona iisdem liberis supposita esse ad conservandas easdem maternas res decernimus:* ita tamen, ut *occasione talium hypothecarum*, neque patris, neque matris administrationem filii valeant perscrutari, vel aliquam eis movere super hoc quaestionem: cum perspicui sit iuris, etiamsi alienata fuerint eorum bona, quae extra memorata lucra vel *maternas res* sunt, *ius hypothecae integrum iisdem manere filiis.*

L. 6. §. 4. *Cod. VI.* 61. *de bonis, quae liberis.* Sed cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quam nos in maternis caeterisque donationibus, quas servare necesse est, et dubitabatur, ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumne ab initio, an ex eo tempore, ex quo male aliquid gestum est: com-

Opuscul. nr. VII.) und *Harre Frid.* FEDDEN Diss. de tacitis hypothecis, quae liberis in bonis parentum competunt. *Goettingae* 1778.

compendiosa narratione interpretamur, *initium gerendae vel deserendae administrationis* [78], *vel observationis esse spectandum, et non tempus, ex quo male aliquid gestum ſuerit.*

Hatte die Mutter wegen ihres auf die Kinder vererbten Vermögens etwa ſchon bey ihrem Leben eine ſtillſchweigende Hypothek an dem Vermögen ihres Ehemanns, ſo geht dieſelbe mit dem ihr zuſtehenden Vorzugsrechte auf die Kinder, als Erben, über [79]; ſonſt iſt das Pfandrecht der Kinder, welches ihnen die Geſetze an dem Vermögen des Vaters wegen ihres mütterlichen, oder von andern mütterlichen Aſcendenten durch Erbſchaft oder Schenkung auf ſie gefallenen Vermögens geben, nicht privilegirt [80], und dieſes nimmt dann auch erſt ſeinen Anfang von der Zeit an, da dem Vater die pflichtmäßige Verwaltung dieſes Vermögens oblag [81]. Viele Rechts-

J 2 gelehr-

78) In den Baſiliken Tom. VI. pag. 112. heißt es: το προοιμιον τῆς χρηστεας ἢ ἀναληπτεας διοικησεως, i. e. *initium gerendae vel suscipiendae administrationis.*

79) *L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potior. in pign.* Nov. XCI. c. 1. HELLFELD cit. Diss. §. 18. FEDDEN Diss. cit. §. 15.

80) HELLFELD c. l. §. 25. und ZOLLER Exercit. iur. quaestionem, an liberis intuitu bonor. maternor. existente concursu, in substantia matris cum hypotheca tacita et ius praelationis competat, continens. *Lipſiae* 1776.

81) HELLFELD §. 26. Den Grund ſetzt *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 4. in der Natur eines Quasi Contractus administrationis negotiorum alienorum, bey welchem gleich anfangs die Verbindlichkeit eintritt, alles dasjenige zu thun, was dem Eigenthümer zum Nutzen gereicht. §. 1. *I. de obligat. quae quaſi ex contr.* *L.* 6. §. *ult.* *D. de negot. geſtis.* Allein da zwiſchen dem Vater und den Kin-

gelehrten [82]) wollen jedoch dieſes geſetzliche Pfandrecht der Kinder blos auf den Fall beſchränken, wenn der Vater zur andern Ehe ſchreitet. Die Gründe ſind, weil die Geſetze zu dem Vater das Vertrauen hätten, daß er bey der Verwaltung des Vermögens ſeiner Kinder von ſelbſt ſeine Pflichten erfüllen werde. Wegen dieſes Vertrauens hätten ſie ihn auch von Ablegung der Rechnung und aller weitern Cautionsleiſtung befreiet, zu welcher ſonſt andere Adminiſtratoren und Uſufructuare verbunden ſind. Ja Juſtinian ſagt ausdrücklich *L. 6. §. 2. Cod. de bonis, quae liberis:* Non autem *hypothecam* filiifamilias adverſus res patris viventis adhuc, ſeu iam mortui ſperare audeant: —— ſed —— rerum habeat parens pleniſſimam poteſtatem, uti fruique his rebus, quae per filiosfamilias ſecundum praedictum modum adquiruntur, et gubernatio rerum earum

Kindern während der väterlichen Gewalt keine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit durch irgend einen Contract begründet werden kann; §. 6. *I. de inutil. ſtipulat.* *L. 50. D. ad SCtum Trebell.* ſo kann auch wohl die Verbindlichkeit des Vaters den Kindern bey der Verwaltung ihres mütterlichen Vermögens für den Schaden zu ſtehen, aus jener Quelle nicht abgeleitet werden. Genug die Geſetze legen dem Vater dieſe Verbindlichkeit auf, und ſichern die Erfüllung derſelben durch Hypothek. S. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. 6. Cod. de bonis, quae lib. pag. 215.

82) *Iac.* CUJACIUS Recitat. ſolemn. in Codicem ad Lib VI. Tit. 61. de bonis, quae liberis. Verb. *Item alii adminiſtratores* (Operum Tom. IX. pag. 935.) *Ant.* PEREZ Praelect in Cod. Lib. VI. Tit. 61. nr. 10. Weſtphals Pfandrecht §. 97. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. §. 81 und FEDDEN cit. Diss. §. 19. et 20.

earum ſit penitus impunita. Wenn nun gleichwohl in dem §. ult. dieſer Conſtitution von ſtillſchweigenden Hypotheken die Rede ſey, welche ſowohl durch die ältern Geſetze, als von ihm, dem Kaiſer Juſtinian, in maternis, caeteriſque donationibus, quas ſervare neceſſe eſt, wären eingeführt worden, ſo beziehe ſich dieß auf diejenigen Conſtitutionen, worin von der zweyten Ehe des Vaters die Rede iſt. Nur in dieſem Falle ſey alſo den Kindern ein ſtillſchweigendes Pfandrecht an dem Vermögen des Vaters gegeben, wenn er ihr mütterliches Vermögen zum Nachtheil derſelben verwaltet. Allein ſo viel Schein dieſe Gründe haben, ſo wenig haltbar ſind ſie, bey einer genauern Prüfung derſelben. Juſtinian bezieht ſich hier allerdings auf die *L. 8. Cod. de ſecundis nuptiis.* Es iſt auch nicht zu läugnen, daß der §. 4. dieſes Geſetzes von dem Falle ſpricht, da der Vater zur andern Ehe ſchreitet; allein die den Kindern der erſten Ehe in dieſem Falle an dem Vermögen des Vaters gegebene Hypothek betrifft offenbar nur die Sicherſtellung derjenigen Güter, welche durch die Freygebigkeit der Mutter derſelben an den Vater gekommen ſind. Von dieſen Gütern wird nun aber §. 5. das von der Mutter oder der mütterlichen Linie auf die Kinder unmittelbar gekommene Vermögen, und das ihnen zur Sicherung deſſelben ertheilte ſtillſchweigende Pfandrecht ausdrücklich unterſchieden, und dabey bemerkt, daß dieſe Hypotheken den Kindern deswegen keine Veranlaſſung noch Befugniß geben dürfen, den Vater oder die Mutter wegen der Verwaltung dieſes Vermögens zur Rechenſchaft zu ziehen, weil es bekannten Rechts ſey, daß die Hypothek den Kindern unverlezt verbleibe, wenn auch die Güter, die derſelben unterworfen ſind, von den Eltern

Eltern wären veräuſſert worden. Ob übrigens der Vater ſich anderweitig verheyrathet habe, oder nicht, wird hierbey nicht weiter berückſichtiget [83]). Ob auch dasjenige Vermögen, was den Kindern von mütterlichen Seitenverwandten zufällt, zu den bonis maternis zu rechnen ſey, weswegen denſelben eine Hypothek zuſteht, iſt ſtreitig. Mehrere [84]) ſcheinen dieſes behaupten zu wollen. Allein daß der Ausdruck materna linea nur die mütterlichen Aſcendenten bezeichne, iſt aus andern Geſetzen, nämlich *L.* 2. *Cod. VI.* 60. *de bonis maternis*, und *L.* 1. *Cod. de bonis*, *quae liberis* deutlich zu erſehen [85]). Offenbar unrichtig aber iſt es, wenn man dieſes Pfandrecht auf das ganze Vermögen der Kinder erſtrecken will, welches der Vater verwaltet [86]), da der §. 2. *L.* 6. *Cod. eodem* das Gegentheil lehrt [87]). Eben ſo wenig ſcheint auch die Mei-

83) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. in libros VII. prior. Cod. ad L. 8. de secundis nupt. pag. 412. sq. HELLFELD Diss. cit. §. 17. und Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht. §. 131.

84) CUJACIUS c. l. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 114. S. 471. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 943.

85) Meißner a. a. O. §. 132. S. 343. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts. 2. B. §. 643.

86) BRUNNEMANN Comm. ad L. 6. Cod. de bonis, quae lib. nr. 15. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 12. nr. 3.

87) Struben rechtl. Bedenken 3. B. Bed. 54. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIV. medit. 8. Specim. CLXVI. med. 2. und Specim. CCXXVI. medit. 4. Hufeland a. a. O. not. a.

Meinung derjenigen [88]) gegründet zu ſeyn, welche den Kindern das mehrgedachte Pfandrecht nur in dem Falle einräumen wollen, wenn der Vater auch zugleich die Nutznieſzung von dem Vermögen ſeiner Kinder hat. Denn die angeführten Geſetze reden bloß von der Adminiſtration; der väterliche Nieſzbrauch aber kann ſchon darum nicht als Grund der geſetzlichen Hypothek der Kinder angeſehen werden, weil dem Vater, wenn er auch den Nieſzbrauch nicht hat, dennoch, ſofern kein anderer Curator beſtellt worden, das nächſte Recht zur Adminiſtration gebührt [89]). Eine ſtillſchweigende Hypothek ſteht

2) den Kindern der erſten Ehe auch an dem Vermögen des zur andern Ehe übergegangenen Parens in Anſehung derjenigen Güter zu, welche derſelbe durch die Freygebigkeit des erſtern Ehegatten erworben hatte, wovon aber das Eigenthum durch die zweyte Ehe an die Kinder der vorigen Ehe verfallen iſt. Dieſe Hypothek gaben den Kindern zuerſt die Kaiſer **Leo** und **Anthemius** an dem Vermögen der Mutter wegen der durch die zweyte Ehe derſelben ihnen zugefallenen lucra prioris matrimonii, welche ſich auch ſogar auf dieſe lucra nuptialia ſelbſt mit erſtreckte, und von der Zeit an ihren Anfang nahm, da

88) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1182. von **Gmelin** Ordn. der Gläubiger §. 114. S. 472.

89) *L. ult.* §. 1. *Cod. de bonis. quae liberis. Ant.* FABER Cod. definit. forens. Lib. VI. Tit. 36. Def. 9. not. 8. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23. FROMMANN Diss. de adminiſtratione peculii adventitii legitima. §. 36. WESTENBERG Dig. h. t. §. 12. nr. 3. HELLFELD cit. Diss. §. 31. **Hufeland** Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 943.

da die Mutter dieſe Güter erhielt, gleichſam als hätte ſie nie das Eigenthum daran gehabt [90]). Die Worte dieſer im Jahr 469. gegebenen Verordnung lauten in der *L.* 6. §. 2. *Cod. de secundis nuptiis* folgendermaſſen. Omnibus videlicet iisdem *maritalibus facultatibus*, his etiam, quas habet habiturave est, tanquam si iure pignoris, vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione, vel rebus aliis, ad eam ex mariti substantia devolutis, *ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint, liberis obligatis:* ut si quis post traditas matri, vel detentas ab ea res (si ita contigerit) contractum aliquem cum eadem muliere inierit, quae se repetitis nuptiis copulaverit: in vindicandis iisdem suppositis rebus posteriores habeantur: liberis, qui ex eodem matrimonio procreati sunt, et nepotibus neptibusque, qui ex iisdem liberis geniti sunt, sine dubio praeponendis. Erſt Kaiſer Juſtinian hat nachher dieſes Pfandrecht durch die *L.* 8. §. 4. *Cod. eodem* im Jahre 528. auch auf die lucra nuptialia des Vaters ausgedehnt. In illo etiam veterem Sanctionem adimplentes, ſagt er, praecipimus *exemplo matris*, cuius res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio natis in hypotheca suppositae sunt, ad conservanda eis lucra, quae ex priore matrimonio ad eam pervenerunt: *patris quoque bona, quae habet, habiturusque est, filiis ex priore matrimonio natis post secundas*

90) *Io. Iac.* WISSENBACH Commentat. in libros VII. prior. Cod. ad L. 6. §. 2. de Sec. Nupt. HELLFELD cit. Diss. §. 39. und Meißner §. 127—130.

das eius nuptias, ad ea conservanda, quae ex eorum matre lucratus est, supposita esse. Dieſe Hypothek kommt den Kindern vorzüglich alsdann zu ſtatten, wenn die lucra nuptialia nicht mehr in Natur vorhanden ſind, denn die noch vorhandenen Sachen können die Kinder vindiciren. Hat die Mutter oder der Vater von dieſen lucris nuptialibus noch vor der zweyten Ehe an einen Andern, als an eins der Kinder der erſtern Ehe, Etwas verſchenkt, oder auf eine andere Art veräuſſert; ſo wird dieſe Veräuſſerung ungültig, wenn nachher die Mutter oder der Vater zur andern Ehe ſchreitet. Denn das Eigenthum an den lucris prioris mâtrimonii erwirbt der überlebende Ehegatte nur unter der reſolutiven Bedingung, wenn er ſich nicht wieder verheyrathen wird. Tritt dieſe Bedingung ein, ſo hört das Eigenthum an dieſen Gütern auf, eben ſo, als hätte es der Ehegatte nie gehabt. Daher verliert nun auch die vorher geſchehene Veräuſſerung ihre Gültigkeit. Indeſſen bleibt die Ungültigkeit derſelben doch noch ſo lange in suspenso, bis gewiß iſt, daß die Kinder der erſtern Ehe den Parens, von welchem die Veräuſſerung geſchehen iſt, überlebt, oder ſelbſt wieder legitime Deſcendenz hinterlaſſen haben. Denn ſind die Kinder vor dem parens binubus geſtorben, und dieſer iſt allein derſelben Erbe geworden, ſo bleibt die Veräuſſerung gültig [91]). Hieraus erklärt ſich nun, warum die Hypothek, die den Kindern in Anſehung der durch den Uebergang der Eltern zur zweyten Ehe auf ſie verfallenen Güter an dem Vermögen des parentis binubi zuſteht, ſchon ihren Anfang nimmt, ehe noch das Eigenthum dieſer

91) *Nov. II. cap. 2.*

ſer Güter auf die Kinder übergegangen war, und alſo ſchon von der Zeit anfängt, da der parens die lucra nuptialia erhält [92]). Endlich haben

3) auch die Kinder in dem Falle, da die Mutter die Vormundſchaft über dieſelben führte, allein vor deren Beendigung und erfolgten Ablegung der Rechnung zur andern Ehe ſchritt, ein geſetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Stiefvaters, welches durch die Verordnung der Kaiſer **Theodos** und **Valentinian** vom Jahre 439. *L.* 6. *Cod. h. t.* iſt eingeführt worden [93]). Si mater, ſo lauten die Worte dieſer Conſtitution, legitime liberorum tutela ſuſcepta, ad ſecundas, contra ſacramentum praeſtitum, adſpiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eiusque, quod debetur ex ratione tutelae geſtae, perſolverit: *mariti quoque eius praeteritae tutelae geſtae ratiociniis bona iure pignoris tenebuntur obnoxia.* **Juſtinian** führt nochmals den Inhalt dieſer Verordnung in der *Nov. XXII. Cap.* 40. an, wenn er ſagt: Sin autem mater liberorum, impuberum ſcilicet, tutelam gerat, ſeque ſecundas nuptias non inituram iuret, deinde priori conjugio et juramento contemto ſecundas nuptias neque tutore prius petito, neque redditis rationibus, neque eo, quod exinde debet, ſoluto, contrahat, *lex non ſolum bona eius hypothecae iure liberis tenere permittit, verum etiam in mariti ſubſtantia hypothecam conſtituit.* Dieſe Hypothek

92) Meißner vom ſtillſchw. Pfandr. §. 130.

93) von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 113. Meißner §. 117. nr. 3.

pothek nimmt ihren Anfang von der Zeit an, da die Mutter ſich mit dem Stiefvater der Kinder verheyrathete, und findet wegen alles desjenigen Statt, was die Kinder aus der vormundſchaftlichen Verwaltung ihres Vermögens zu fordern haben, obwohl auch dafür das Vermögen der Mutter, als welches ebenfalls wegen der geführten Vormundſchaft den Kindern geſetzlich verpfändet iſt [94]), zur Befriedigung der Kinder haftet [95]). Ueberhaupt aber iſt

VII. den Pupillen und Minderjährigen das ganze Vermögen ihrer Vormünder geſetzlich verpfändet, ſo wie auch den unter der Curatel ſtehenden Wahnſinnigen das Vermögen ihrer Curatoren, ohne Unterſchied, die Vormünder ſeyen von der Obrigkeit beſtellt, oder geſetzlich berufen, oder teſtamentariſche [96]). Dieſe Hypothek fängt von dem Augen-

94) *L.* 2. *V.* 35. *Cod. Quando mulier tutelae officio fungi poteſt.*

95) Geſterding Pfandr. §. 18. S. 113. v. Gmelin §. 113.

96) *Henr. God.* BAUER Diſs. de pignore pupilli. *Lipſiae* 1760. *Eiusd.* Diſs. de tacita hypotheca pupillo in bonis tutoris allodialibus pariter atque feudalibus in territorio atque extra territorium ſitis competente. *Ibid.* 1761. *Eiusdem* Diſs. Ex quo tempore tacita hypotheca pupilli bona tutoris afficiat? *Ibid. eodem. Ge. Frid.* DEINLIN Diſs. de tranſitu hypothecae tacitae in bonis tutoris ad heredes pupilli. *Altorfii* 1724. *Henr.* BROKES Diſs. de tacita pupilli hypotheca per mutuum tutoris non exſpirante. *Ienae* 1750. *Sim. Frid.* SEGNIZ Diſs. de hypotheca pupilli tacita bona tutoris poſt finitum adminiſtrationis officium quaeſita afficiente. *Altorfii* 1789. u. *Arn.* IKEN de pupillorum ac minorum in bonis tutorum curatorumve pignore atque privilegio retractata quaeſtio. *Marburgi* 1779.

Augenblick an, da dem Vormund die Vormundſchaft übertragen, und er dieſelbe zu übernehmen verpflichtet war; und iſt wegen aller aus der Tutel oder Curatel herrührenden Anſprüche und Forderungen begründet [97]). Ueber den Urſprung dieſer Hypothek ſind die Rechtsgelehrten nicht einverſtanden. Die meiſten [98]) halten den Kaiſer Conſtantin den Großen für den Urheber derſelben, und glauben die erſte ſichere Spur in einem Reſcript vom Jahr 314 gefunden zu haben. Es iſt *L.* 20. (V. 37.) *Cod. de administrat. tutor. vel curator.* Allein auch davon abgeſehen, daß überhaupt die römiſchen Kaiſer durch Reſcripte nicht leicht ein neues Recht einzuführen pflegten [99]); ſo zeigt der ganze Inhalt dieſes Reſcripts, daß der Kaiſer Conſtantin nur nach dem ſchon damals bekannten Rechte geſprochen habe. Die Worte dieſer Conſtitution, ſo wie wir ſie in dem Juſtinianeiſchen Codex leſen, müſſen Jeden davon überzeugen. Sie lauten folgendermaßen.

Imp.

97) *L.* 20. *Cod. de admin. tutor. L.* 2. *Cod. Quando mulier tut. officio ſungi poteſt. L.* 6. *Cod. h. t. L.* 5. *C. de legitim. tutor. L.* 7. §. 5. *et* 6. *Cod de curat. ſurioſi. L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxor. actione.*

98) *Ant.* FABER Iurisprud. Papinian. Scientia Tit. XII. Princ III. Illat. 11. pag. 767 (*Lugduni* 1607.) *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 4. BROKES cit. Diss. §. 12. SCHNORR Hiſt. de pignorib. tacite contract. §. 12. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger. S. 233. Meißner §. 114.

99) PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 14. pag. 108. Thibaut Theorie der logiſchen Auslegung des R. R. §. 38.

Imp. CONSTANTINUS A. *Euſemianae.* Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, et si tutor vel curator quis constitutus, res minorum non administraverit [100]). Dat. VII. Kal. April. Treviris, *Volusiano* et *Anniano* Conss. 314.

Mit Recht halten daher andere [1]) die Hypothek der Unmündigen für älter. Zwar hatte das ältere Recht für die Sicherheit derſelben auf mancherley geſorgt. Der Vormund mußte Caution durch Bürgen leiſten [2]); und war dieſe nicht geleiſtet worden, ſo ſtand den Pupillen ein perſönliches Vorzugsrecht an dem Vermögen des Vormunds zu [3]). Man ertheilte dieſes Privilegium auch der Billigkeit wegen allen denen, welchen wegen ihrer perſönlichen Verhältniſſe Curatoren beſtellt werden müſſen z. B. den Wahnſinnigen, und andern mit einem körperlichen Gebrechen behaf-

100) Dieſe letzte Periode ſteht nicht im Cod. Theodos. wo dieſe Conſtitution Lib. III. Tit. 19 Const. 1. befindlich iſt. Sie iſt daher ohne Zweifel ein Zuſatz vom Tribonian.

1) *Iac.* GOTHOFREDUS Comment. ad L. 1. Cod. Theod. de administrat. et peric. tutor. et curator. Tom. I. pag. 365. der Ritterſchen Ausgabe. *Franc.* BALDUINUS de pign. et hyp. Cap. 7. §. *Secunda.* *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19. *Ant.* SCHULTING Thesium controvers. Decad. LXXVII Th 4. *Ios.* FINESTRES in Hermogen. iuris Epimar. libros Commentar. ad L. 25. D. de tut. et rat. distrah. §. 5. sqq pag. 817. IKEN cit. Diss. BAUER Diss. de pignore pupilli §. 11.

2) *Pr. I. de Satisdat. tutor. vel curator.*

3) *L. 25. D. de tut. et ration. distrah.*

behafteten Perſonen, auch ſogar den gerichtlich erklärten Verſchwendern [4]). Dennoch waren durch jene Sicherheitsmittel dieſe der fremden Vorſorge und Pflege bedürftigen Perſonen noch nicht hinlänglich gegen allen beſorglichen Schaden gedeckt. Denn in wie vielen Fällen wurde nicht von dem Vormund gar keine Satisdation geleiſtet [5])? und was half den Pupillen das perſönliche Vorzugsrecht vor andern Gläubigern, wenn der Vormund ſein Vermögen verſchwendet hatte? nicht zu gedenken, daß dieſes Privilegium, als ein bloß perſönliches, nicht einmal auf die Erben der Pupillen überging [6])? Es muß ihnen alſo gewiß auch frühzeitig eine Hypothek ertheilt worden ſeyn. Von wem? läßt ſich freylich nicht beſtimmen, vielleicht war es **Marcus Antoninus**, der ſich in mancherley Hinſicht der Pupillen und Minderjährigen ſo vorzüglich annahm [7]). Denn zu den Zeiten der Kaiſer **Severus** und **Antoninus** muß ſie ſchon eingeführt geweſen ſeyn, wie aus einem Reſcript derſelben, nämlich der *L. un.* (IV. 53.) *Cod. Rem alienam gerentibus non interdici rerum ſuar. alienation.* erhellet. Sie ſtellen hier den Satz als gemeines Recht auf: Non est

4) *L.* 19. §. 1. *L.* 20. 21. *et* 22. *D. de rebus auct. iudicis poſſid.*

5) *Pr. I. de Satisdat.*

6) *L.* 42. *D. de adminiſtrat. tutor. L.* 19. §. 1. *D. de rebus auct. iud. poſſid. Car. Frid.* WALCH Progr. de privilegio pupilli eius heredi denegato. *Ienae* 1769.

7) *Iul.* CAPITOLINUS in vita M. Antonini cap. 10. et 11. S. *Io. Iuſtin.* WEISSMANTEL Diss. de interpretatione legis dubiae, qua valor hypothecar. tacitar. anno huius seculi trigesimo quarto restitutus est. *Erford.* 1798. §. 18.

est interdictum tutoribns vel curatoribus, etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, *cum sua causa* res suas alienare; und ziehen hieraus den Schluß: Potuit ergo curator tuus fundum suum *cum suo onere* obligare fisco nostro: nam et privato potuisset. Der ganze Zuſammenhang lehrt, daß hier unter causa nichts anders, als onus hypothecae verſtanden werden kann [8]). Daß aber in dem Falle, der hier entſchieden wird, eine Hypothek, wie man einzuwenden pflegt, durch Vertrag beſtellet worden, davon enthält das Geſetz kein Wort, es muß vielmehr, ſo wie die Worte deſſelben gefaßt ſind, die Regel geweſen ſeyn, daß die Güter der Vormünder den Pupillen und Pflegbefohlnen tacito iure haften; und die Frage war nur die, ob dieſe Hypothek eine Veräuſſerung oder anderweite Verpfändung derſelben hindere? welche hier verneinend entſchieden wird, weil die Hypothek mit der Sache, worauf ſie haftet, auf jeden Beſitzer übergeht. Wäre nicht ſchon vor Conſtantin dem Großen das Vermögen der Vormünder wegen der Adminiſtration den Pupillen tacito iure verpfändet geweſen, wie hätte wohl der Zweifel entſtehen können, welchen die Kaiſer Diocletian und Maximian *L.* 17. *Cod. de administrat. tutorum* löſen, ob diejenigen, welche eine Vormundſchaft verwaltet haben, über ihr Vermögen teſtiren, oder etwas von ihrem Vermögen verſchenken dürfen? Nur wegen des Anfangs dieſer Hypothek ſcheint man vor Juſtinian nicht einig

8) Die Richtigkeit dieſer Erklärung wird vorzüglich durch *L.* 12. *C. de distract. pignor.* und *L.* 3. *C. de remiss. pignor.* beſtärkt.

einig geweſen zu ſeyn, ob ſie erſt dann, wenn der Schade wirklich geſchehen, und der Vormund deshalb zum Erſatz verurtheilt worden iſt, oder ſchon gleich von der Zeit an beginne, da der Vormund zur Uebernehmung der übertragenen Vormundſchaft verpflichtet war? Godefroi [9]) macht dieſes dadurch glaublich, weil die *L. 6. §. 4. Cod. de bonis, quae liberis*, wo Juſtinian beſtimmt, ex quo tempore hypothecas tacitas pro officio administrationis competere oporteat, utrumne ab initio, an ex eo tempore, ex quo male aliquid geſtum eſt? auch mit auf die ſtillſchweigende Hypothek der Pupillen und Pflegbefohlnen ſich bezogen habe, wie daraus erhelle, weil die *L. ult. Cod. de legitima tutela*, welche mit jener Verordnung von einem Datum iſt, einen Theil derſelben ausgemacht habe. Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo ſcheint doch Godefroi darin offenbar Unrecht zu haben, wenn er glaubt, daß ſich das Antejuſtinianeiſche Recht für die Meinung erklärt habe, als ob die Hypothek der Pupillen erſt, nach geendigter Vormundſchaft, von der Zeit an ihren Anfang nehme, da der Vormund wegen des aus der Verwaltung ſchuldig gebliebenen Reſts verurtheilt worden iſt, wenn ihm auch Gregorius Majanſius [10]) hierin beyſtimmt. Denn nicht zu gedenken, wie ſchlecht dann die Geſetzgeber für die Pupillen geſorgt haben würden, wenn ſie eine ſolche Meinung hätten aufkommen laſſen wollen; ſo iſt auch wirklich der Grund, welcher aus den Worten der *L. un. Cod. Rem alienam gerentibus*, nämlich

9) Comment. ad L. 1. Cod. Theod. de administr. tutor. Tom. I. pag 366.

10) Disputat. iuris civ. Tom. I. Disput. X. §. 8. pag. 174.

lich etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, hergenommen wird, da hier der Fall eines Schuldreſts bey dem Vormunde nur blos hypothetiſch angenommen iſt, zur Unterſtützung derſelben viel zu ſchwach, und widerlegt ſich aus den klaren Worten der *L.* 20. *Cod. de administrat. tutor.* Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona tanquam pignoris titulo obligata, welche zu deutlich ausdrucken, daß den Pupillen ſchon gleich vom Anfange der Vormundſchaftsverwaltung an ein geſetzliches Pfandrecht an dem Vermögen ihrer Vormünder zuſtehe, als daß man daran zweifeln könnte, daß dieſes wenigſtens die herrſchende Meinung ſchon vor Juſtinian geweſen ſeyn müſſe. Die Worte: *si debitores existant*, wird man uns vergeblich entgegenſetzen. Denn man kann immerhin zugeben, daß ſich erſt aus der Ablegung der Rechnung ergeben muß, ob der Vormund ſchuldig bleiben wird, *cum rationes reddere*, ſagt Afrikan [11]), nihil aliud sit, quam reliqua solvere; folgt denn aber daraus, daß der Anfang der Hypothek, welche ſich ja auf das ganze Vermögen des Vormunds erſtreckt, und gerade auf den Fall eines möglichen Schuldreſts ertheilt iſt, erſt von jener Zeit an zu rechnen ſey? Hierzu kommt noch, daß der Vormund nach der dem Reſcript des Kaiſers Conſtantin vom Tribonian angehängten Clauſel nicht blos wegen ſchlechter Verwaltung haftet, ſondern auch wenn er die Verwaltung verabſäumt hat [12]); z. B. wenn er das in Einnahme

11) *L.* 32. *D. de condit. et demonstrat.*

12) Vid. *Lib. V. Tit.* 55. *Cod. Si tutor vel curator non gesserit.*

me zu bringen und zur Pupillen-Kaſſe zu zahlen unterließ, was er dem Vater deſſelben ſchuldig war. Denn da der Vormund wegen einer ſolchen Schuld mit der actio tutelae belangt werden kann [13]), wer mag daran zweifeln, daß auch darauf die geſetzliche Hypothek des Pupillen gehe [14])? Durch die Verordnung des Kaiſers Juſtinian in *L. 6. §. 4. Cod. de bonis, quae liberis* iſt nun freylich aller Zweifel gehoben, worin für die ältern und neuern Geſetze, wodurch ſtillſchweigende Hypotheken wegen der Adminiſtration fremder Güter eingeführt worden ſind, durch authentiſche Interpretation der Grundſatz aufgeſtellt iſt, *initium gerendae vel deserendae administrationis*, vel observationis esse spectandum, et non tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit. Das geſetzliche Pfandrecht ward jedoch urſprünglich blos zu Gunſten der Pupillen und Minderjährigen eingeführt. Der Kr. **Conſtantin** gedenkt in dem oben angeführten Reſcript ausdrücklich nur der Minderjährigen, unter welcher Benennung er jedoch die Unmündigen unſtreitig mit begriff [15]). Daher ſagt auch **Juſtinian** in der *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae act.* Quemadmodum *in administratione pupillarium rerum*, et in aliis multis iuris articulis, *tacitas hypothecas inesse* accipimus. **Juſtinian** aber ertheilte daſſelbe durch die *L.* 7. §. 5.

13) *L. 5. §. 4. D. de administrat. et peric. tutor. L. 9. §. 1. D. eodem.*

14) BROKES Diss. de tacita pupilli hypotheca per mutuum tutoris non exspirante. §. 17. 29. et 30. Struben rechtliche Bedenken. 4. B. Bed. 149. von Quiſtorp rechtl. Bemerkungen 1. Th. Bem. 28.

15) S. BAUER Diss. cit. de pignore pupilli. §. 24.

§. 5. *et* 6. *Cod. V.* 70. *de Curatore ſuriosi* im Jahre 530. auch den unter der Curatel ſtehenden Wahnſinnigen, nach dem Beyſpiele der Minderjährigen[16]. Er ſagt nämlich: Et si quidem parens curatorem furioso vel furiosae, in ultimo elogio heredibus institutis, vel exheredatis, dederit, ubi et fideiussionem cessare necesse est, paterno testimonio pro eius satisdatione sufficiente: ipse, qui datus est, ad curationem perveniat: ita tamen, ut inventario cum omni subtilitate publice scripto, res suscipiat, et eas secundum sui opinionem disponat *sub hypotheca rerum ad eum pertinentium ad similitudinem tutorum, et curatorum adulti.* §. 6. Sin autem testamentum quidem parens eius non confecerit, lex autem curatorem utpote agnatum vocaverit, vel eo cessante, aut non idoneo forsitan existente, ex iudiciali electione curatorem ei dare necesse fuerit: tunc secundum praefatam divisionem — creatio procedat: — eadem observatione et pro iureiurando, et pro inventario et satisdatione et *hypotheca rerum curatoris* modis omnibus adhibenda. Ob nach dem Geiſte dieſer Geſetze auch die Verſchwender, welche unter die Curatel geſetzt ſind, ferner die Gebrechlichen, und überhaupt alle, der Aufſicht und Vorſorge eines Pflegers bedürfende Perſonen an den Gütern ihrer Curatoren ein ſtillſchweigendes Pfandrecht haben? iſt unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Viele[17] wollen

16) BAUER cit. Diss. §. 31. et 32.

17) *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 13. *Matth.* BERLICH Conclus. pract. P. I. Concl. LXVII. nr. 23. *Corn. van*

wollen ihnen daſſelbe einräumen. Sie ſagen, der Curator ſolcher Perſonen ſey in Rückſicht ſeines Amts an dieſelben Geſetze gebunden, denen auch die Curatoren der Minderjährigen unterworfen ſind. Nun ſind die Güter des Curators eines Minderjährigen pro officio administrationis, wie Kr. Conſtantin der Große ſagt, geſetzlich verpfändet, alſo müſſe auch den übrigen unter der Curatel ſtehenden Perſonen eine gleiche Hypothek eingeräumt werden. Dieſer Schluß werde ſich aber noch mehr rechtfertigen laſſen, wenn man den Grund unterſuche, warum den Minderjährigen an den Gütern ihrer Curatoren ein Pfandrecht ertheilt worden iſt. Dieſer beruhe nun nicht ſowohl in einer beſondern Begünſtigung des minderjährigen Alters, als vielmehr in einem dieſem Alter eigenen Mangel an Erfahrung, Klugheit, und Ueberlegung, ſo wie ſie zur eigenen Verwaltung des Vermögens erfordert wird. Gerade dieſer Grund paſſe auch auf gerichtlich erklärte Verſchwender, welche wegen der ſchlechten Verwaltung ihres Vermögens in den Geſetzen ſogar mit den Ra-

van ECK Princip. iur. civ. h. t. §. 7. Weſtphal Pfandrecht §. 77. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. 2. Membr. 3. §. 26. *Henr. Ern. Gottl.* PLATH Commentat. de hypotheca tacita prodigo in bonis curatoris sui competente. (im Niederſächſ. Archiv für Jurisprud. und juriſt. Literatur herausgegeben von von Dr. Koppe 2. Band Nr. 24. S. 253—272.) *Bern. Henr.* FRISTER Diss. de privilegio creditorum personali. §. 16. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 5. B. Med. 270. Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Band §. 1656. und Theod. Maxim. Zachariä Inſtitutionen des Röm. Rechts. S. 352. lit. γ.

Raſenden in eine Klaſſe geſetzt würden. Nicht nur in dem Geſetz der zwölf Tafeln heiße es: *Si ſuriosus aut prodigus existat, ast ei custos nec escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniave eius potestas esto* 18); ſondern auch **Ulpian** ſage ausdrücklich *L. 1. D. de curatoribus ſurioso et aliis extra minor. dandis;* Lege XII. Tabb. prodigo interdicitur bonorum suorum administratio: quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, *curatorem ei dare exemplo ſuriosi.* Eben dieſe Vergleichung zwiſchen Verſchwendern und Raſenden werde auch in den Verordnungen des Codex angeſtellt, wie aus *L. 1. Cod. de curatore ſuriosi vel prodigi* erhelle. Wird nun dem erklärten Verſchwender ein Curator nach dem Beyſpiele eines Verſtandesloſen gegeben, ſo könne auch zwiſchen beyder Curatoren um ſo weniger ein Unterſchied ſtatt finden, da man es, wie Kr. **Divus Pius** bey **Ulpian** *L. 12. §. 2. D. de tutorib. et curator. datis* reſcribirt, für billig gehalten, für den einen, wie für den andern zu ſorgen 19). Steht aber dem Wahnſinnigen ein ſtillſchweigendes Pfandrecht an den Gütern ſeines Cu-

18) S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Fontibus quatuor. iuris civ. Tab. V. und Fried. Hoppe Verſuch einer ſyſtemat. und critiſchen Bearbeitung der Lehre von juridiſchen Verſchwendern. (Gieſſen und Darmſtadt 1803). §. 5.

19) *Nam aequum est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, ſuriosum faciunt exitum.*

Curators zu, warum ſollte daſſelbe dem erklärten Verſchwender an den Gütern ſeines Curators verſagt ſeyn? Der Prodigus hatte ja nach dem Recht der Pandecten das nämliche Privilegium, oder perſönliche Vorzugsrecht, welches dem Pupillen, dem Raſenden, dem Tauben, dem Stummen und andern ihrer Gebrechlichkeit wegen unter Curatel ſtehenden Perſonen ertheilt war. Dieß lehren **Ulpian**, **Paulus** und **Cajus** *L. 19. §. 1. L. 20. L. 21. et L. 22. pr. D. de rebus auctoritate iudicis poſſid.* und zwar ſage **Ulpian**: *aequiſſimum erit*, caeteris quoque, *quibus curatores quaſi debilibus vel prodigis dantur*, idem privilegium competere. Sollte es denn nun nicht eben ſo billig ſeyn, den Verſchwendern, wenn ihnen einmal ein Curator gegeben worden iſt, auch ein gleiches ſtillſchweigendes Pfandrecht an den Gütern deſſelben einzuräumen? Man gehe auch hier gar nicht über die Gränzen einer richtigen Auslegung hinaus, weil das Geſetz ſelbſt dieſe Ausdehnung billige. Denn ſo lehre **Paulus** *L. 15. §. 1. D. de curatorib. furioſo et aliis dand.* In bonis curatoris privilegium furioſi furioſaeque ſervatur. Prodigus, et omnes omnino, *etiamſi in Edicto non ſit eorum mentio*, in bonis curatoris decreto privilegium conſequuntur. Es ſey dieſes auch ganz der Natur der Sache gemäß; denn wird nach **Ulpian** dem Verſchwender ein Curator exemplo furioſi gegeben; ſo mußte ihm auch ein gleiches Vorzugsrecht an dem Vermögen ſeines Curators zugeſtanden werden. Dennoch haben ſich viele [20]) durch dieſe Gründe nicht

20) *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianeae Scientia. Tit. XII. Princ. III. Illat. 11. p. 767. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand.

nicht überzeugen laſſen, ſondern ſprechen den Verſchwendern eben ſo, wie allen andern, welche, außer den Minderjährigen und Wahnſinnigen, ihres perſönlichen Zuſtandes wegen, Curatoren erhalten haben, eine ſtillſchweigende Hypothek an den Gütern ihrer Curatoren ab. Sie wenden ein, es folge nicht, weil der Verſchwender in Rückſicht auf Curatel dem Wahnſinnigen gleichgeſtellt werde, daß nun auch ein gleiches Rechtsverhältniß zwiſchen beyder Curatoren Statt finden müſſe. Es wäre ja gleich Anfangs bey den Blödſinnigen der nämliche Grund, wie bey den Pupillen und Minderjährigen, vorhanden geweſen, ihnen einen Curator zu geben, und dennoch habe Kr. Conſtantin nur den letzteren, aber nicht den erſteren ein ſtillſchweigendes Pfandrecht ertheilt, bis dieſe endlich ein ſolches vom Kr. Juſtinian erhalten hätten. Nun ſey das ſtillſchweigende Pfandrecht bey den Curatoren der Wahnſinnigen ad similitudinem tutorum et curatorum adulti eingeführt. Hätte es bey allen Curatoren Statt finden ſollen, ſo würde Juſtinian nicht blos die Curatores adulti zum Muſter angeführt haben. So wie es alſo in der Willkühr des Geſetzgebers ſtand, den Wahnſinnigen das ſtillſchweigende Pfandrecht nach dem Beyſpiele der Minderjährigen zu ertheilen, ſo ſtand es auch bey ihm, dieſes Pfandrecht den Verſchwendern zu verſa-

Pand. h. t. §. 54. BAUER Diss. cit. de pignore pupilli. §. 33 — 36. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1183. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 112. S. 456. und §. 134. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger S. 234. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. Band §. 303 MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. post. §. 573. nr. II. u. a. m.

verſagen, und es in Anſehung ihrer bey dem Rechte der Pandecten zu laſſen. Ueberdem ſey aber auch ein Verſchwender von einem Raſenden zu ſehr unterſchieden, als daß von dem einen auf den andern ſicher geſchloſſen werden könnte. Denn letzter ſey ſeines Verſtandes völlig beraubt, und ſein unglückliches Loos mache ihn des höchſten Mitleids würdig. Dieſes Mitleid verdiene aber kein Verſchwender, welcher taub gegen die Stimme der Vernunft, ſich ſelbſt durch ſeine den gerechteſten Unwillen erweckende Lebensart das ihn betreffende Loos bereitet habe. Hierzu komme noch der beſondere Umſtand, daß die Curatel über den Verſchwender in den Geſetzen den nächſten Inteſtaterben übertragen werde, welche ſchon, um ihres eigenen Vortheils willen, für treue Verwaltung des Vermögens ſorgen werden. Wenn aber auch dieß alles nicht wäre, ſo würde ſchon die Regel entſcheiden, daß abändernde Geſetze, wodurch zumal ein beſonderes Recht eingeführt wird, jederzeit eine ſolche Erklärung erheiſchen, bey welcher ſo wenig, als möglich, vom gemeinen Rechte abgewichen wird [21]). Endlich laſſe ſich von dem perſönlichen Vorzugsrechte, welches allerdings auch den Verſchwendern ſo gut, als andern Pflegbefohlnen, eingeräumt war, auf die ſtillſchweigende Hypothek kein gültiger Schluß machen. Dieß ſind nun die Gründe für beyde Meinungen; wägt man ſie ſorgfältig auf der Wagſchale der Critic ab, ſo werden ſichtbar die Gründe für die erſte Meinung das Uebergewicht behalten. Schon der einzige Grund giebt den Ausſchlag, daß die Curatel der Verſchwender nach dem Bey-

21) *L. 14. D. de Legib. L. 141. pr. D. de div. Reg. iuris.*

Beyſpiele der Raſenden iſt eingeführt worden [22]), und ſich auf eine billige Vorſorge der Geſetze gründet [23]). Geben nun die Geſetze den Wahnſinnigen zu ihrer Sicherheit eine Hypothek an dem Vermögen ihrer Curatoren [24]); ſo verſteht ſichs ja von ſelbſt, daß ſie auch den Verſchwendern, und allen, welche die Geſetze den Blödſinnigen gleichachten, geſtattet werden müſſe, wenn auch das Geſetz ihrer namentlich keine Erwähnung thut; gerade eben ſo, wie man dieſen Perſonen das den Raſenden an den Gütern ihrer Curatoren geſtattete perſönliche Vorzugsrecht auch aus dem angeführten Grunde einräumen zu müſſen glaubte, etiamſi in Edicto non ſit eorum mentio, wie Paulus ſagt *L.* 15. §. 1. *D. de curator. furioſ.* Es iſt dieſes auch nicht ſowohl eine Ausdehnung, wie man glaubt, als vielmehr wahre Auslegung des Geſetzes, welche der Zweck deſſelben, der nämlich dahin geht, das Beſte dieſer Perſonen zu befördern, nothwendig macht, wenn nicht das, was zum Nutzen derſelben verordnet worden iſt, auf eine höchſt unbillige Art zu ihrem Nachtheil gereichen ſoll. Nulla enim iuris ratio, ſagt Modeſtin [25]), aut aequitatis benignitas patitur, ut quae ſalubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeveri-

22) *L.* 1. *pr. D. de curator. furioſ.*

23) *L.* 12. §. 2. *in fin. D. de tutor. et curator. dat.*

24) *L.* 7. §. 5. *et* 6. *Cod. de curatore furioſi vel prodigi.*

25) *L.* 25. *D. de Legibus.* Add. *L.* 6. *I.* 14. *Cod. eodem. L.* 19. *in fin. IV.* 21. *Cod. de fide inſtrum.* S. Hufelands Abhandlungen aus dem Civilrechte. 1. B. S. 112.

severitatem. So zerfallen denn die Gründe der zweyten Meinung von ſelbſt, ohne einer weitern Widerlegung zu bedürfen. So wie dagegen nach dem Recht der Pandekten das perſönliche Vorzugsrecht bey allen denjenigen Curatoren wegfiel, welche blos der Güter wegen beſtellt worden, ohne mit der Aufſicht über die Perſon des Eigenthümers zu thun zu haben, z. B. bey den Curatoren der Abweſenden, der Concursmaſſen, liegender Erbſchaften u. dgl. [26]), ſo findet auch an den Gütern derſelben die ſtillſchweigende Hypothek nicht Statt [27]).

Uebrigens iſt in Anſehung der Vormünder und Curatoren kein Unterſchied, ob ſie teſtamentariſche, geſetzliche oder von der Obrigkeit beſtellte [28]), wirklich verwaltende, oder blos zur Aufſicht über dieſelben geſetzte, oder blos rathgebende ſind [29]). Auch wenn die Mutter die Vormundſchaft über ihre ehelichen oder unehelichen Kinder übernimmt,

26) *L.* 22. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* Sed si *bonis curator datus sit*, vel absentis, vel ab hostibus capti, vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate: *non oportebit privilegium dari.* Non enim in eadem causa est. — *L.* 24. *D. eodem.* Si ventri curator datus sit, nec partus editus, privilegium cessabit.

27) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 55. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 112.

28) *Nov. CXVIII. cap.* 5. *L.* 5. *Cod. de legit. tutela. L.* 7. §. 5. *Cod. de curatore furiosi.* BAUER Diss. de pignore pupilli. §. 12. sqq. Meißner vom ſtillſchweig. Pfandrecht §. 117.

29) *L.* 1. *Cod. de periculo tutor. L.* 6. §. 4. *Cod. de bonis, quae liberis.* Verb. vel *observationis.* BAUER cit. Diss. §. 17. sqq.

nimmt, ſo iſt ihr Vermögen, gleich dem eines andern Vormunds, den Kindern geſetzlich verpfändet [30]. Ob aber auch das den Pupillen zuſtehende ſtillſchweigende Pfandrecht ſich auf das Vermögen eines Protutors erſtrecke? iſt ſehr ſtreitig. Ich bemerke vor allen Dingen, daß unter einem Protutor derjenige verſtanden wird, welcher zwar nicht zum Vormund beſtellt iſt, ſich aber doch entweder in gutem Glauben dafür hält, oder betrügeriſch dafür ausgiebt [31]; letzter wird in Rückſicht des Dritten, der mit dem Pupillen unter ſeiner Auctorität contrahirt hat, falsus tutor genennt [32]. Daß in den Pandecten den Pupillen an den Gütern des Protutors ein perſönliches Privilegium eingeräumt wird, leidet keinen Zweifel [33]. Allein die Geſetze des Codex, welche den Pupillen eine Hypothek geben, reden ausdrücklich nur von Tutoren, dahingegen findet ſich von einer ſtillſchweigenden Hypothek an den Gütern

30) *Nov. XXII. cap.* 40. *in fin.*

31) *L.* 1. §. 1. *D. de eo, qui pro tutore.* (XXVII. 5.) Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse, fingit tamen esse. S. VOET Comment. ad Pand. T. II. Lib. XXVII. Tit. 5. §. 1.

32) *Vid. Tit.* 6. *Lib. XXVII.* D. *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.*

33) *L.* 25. *D. de tutelae et ration. distrah.* Non solum tutelae privilegium datur in bonis tutoris, sed etiam eius, qui *pro tutela* negotium gessit. — *L.* 19. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* Si quis, cum tutor non esset, *pro tutore* negotia gessit, privilegio locum esse manifestum est: nec interest, ipse debeat, qui gessit, sive heres eius, caeterique successores.

tern eines Protutors nirgends in den Geſetzen eine Spur. Kein Wunder, wenn einige Rechtsgelehrten ſie daher auch nicht wollen Statt finden laſſen [34]). Es ſcheint auch wirklich, genau erwogen, nicht das nämliche Rechtsverhältniß zwiſchen einem Tutor und Protutor vorhanden zu ſeyn. Denn letzterer befindet ſich insgemein in einem Irrthum, der ihm zu verzeihen iſt, und geht er auch mit Betrug um, ſo hatte er doch nicht die Pflichten eines wahren Vormunds auf ſich, und verdient daher doch immer noch weit mehr Schonung, als der wahre Vormund, der ſeine Pflichten verletzt. Sodann tritt hier auch noch der Unterſchied ein, daß gegen einen Protutor ſogleich und alſo auch noch vor dem Eintritt der Pubertät geklagt werden kann [35]), dahingegen die Klage gegen den wahren Vormund erſt nach geendigter Vormundſchaft Statt findet [36]). Ein Protutor hat daher weniger Zeit und Gelegenheit, dem Pupillen zu ſchaden, als ein wahrer Vormund, und es ſcheint alſo auch weniger Grund vorhanden geweſen zu ſeyn, den Pupillen gegen die Handlungen eines Protutors, als gegen das Verfahren eines wahren Vormunds durch Hypothek zu ſichern. So dürfte ſich's denn nun auch ſehr wohl erklären laſſen, warum Kr. Conſtantin *L.* 20. *Cod, de adm. tutor.* gerade ſagt: pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, tamquam

34) Schweppe Röm. Privatrecht 1. Band §. 303. und *Iul.* BINGO Diss. an pupillis in bonis eorum, qui pro tutoribus prove curatoribus gesserunt, hypotheca tacita competat? *Heidelbergae* 1816. 8.

35) *L.* 1. §. 3. *D. de eo, qui pro tutore.*

36) *L.* 4 *pr. D. de tutelae et rationib. distrah.*

quam pignoris titulo obligata. Denn ein officium administrationis läßt ſich eigentlich nur bey einem wahren Vormund denken, nicht bey dem, welcher unberufen ſich zum Vormund aufwirft. Es dürfte alſo wohl auch noch ſehr zweifelhaft ſeyn, ob die auf jenes ausdrücklich beſchränkte Hypothek bey dem Statt finde, bey welchem doch ſo Manches darum ganz anders iſt, quia tutor non est, wie Ulpian ſagt *L.* 1. §. 3. *D. de eo, qui pro tutore;* ja bey welchem ſich die Verſchiedenheit des Rechtsverhältniſſes auf eine recht auffallende Art auch darin äuſſert, daß ihm kein Verbot entgegenſteht, die Mündel zu heyrathen, deren Vermögen er pro tutore verwaltet hat [37]). Aller dieſer gewiß nicht unbedeutenden Gründe ungeachtet, behaupten dennoch die meiſten Rechtsgelehrten [38]), daß den Unmündigen an dem Vermögen der Protutoren eben ſo gut, wie an den Gütern der Vormünder, ein

37) *L.* 8. *Cod. de interdicto matrim. inter pupillam et tutorem.* Si quis tutoris vel curatoris nomine usurpato, id est, pro tutore seu curatore negotiorumve gestore res pupillae administraverit, eamque sibi filiove suo copulaverit: tales nuptias stare, et non *ad exemplum tutorum* infirmari sancimus.

38) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. *Ant.* FABER Cod. definition. for. Lib. VIII. Tit. 7. Def. 2. STRUV Synt. iur. civ. Tom. II. Exerc. XXVI. Th. 15. BAUER Diss. de pignore pupilli. §. 20. et 21. Weſtphal Pfandrecht §. 76. HOFACKER Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1183. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 573. nr. II. Meißner ſtillſchw. Pfandr. §. 117. nr. 8. S. 315. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts 2. B. §. 643. VI. Geſterding Pfandrecht. §. 18. VI. S. 112. u. a. m.

ein ſtillſchweigendes Pfandrecht zuſtehe, und dieſe Meinung hat den ganz entſcheidenden, alles jenes Raiſonnement überwiegenden Grund für ſich, den die *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxoriae actione* enthält, wo Juſtinian ſagt: in administratione pupillarium rerum tacitam hypothecam inesse. Wer alſo die Verwaltung von Pupillengütern übernimmt, ſie mag ihm als Vormund angetragen ſeyn, oder er mag ſich von freyen Stücken zum Vormund aufgeworfen haben, denn das Geſetz unterſcheidet nicht, unterwirft ſein Vermögen dem geſetzlich geordneten Pfandrechte. Daß der Protutor ſogleich belangt werden kann, auch ehe noch der Pupill die Mündigkeit erreicht hat, ſteht uns nicht entgegen. Denn auch der Tutor kann ſofort zur Verantwortung gezogen werden, ſobald man merkt, daß er die Vormundſchaft ſchlecht verwaltet. Hierzu kommt, daß der Protutor für dieſelbe Treue und Sorgfalt, wie der wahre Vormund [39]), ja auch ſogar für das haftet, was er hätte beſorgen ſollen, wenn es ein anderer beforgt haben würde [40]). Und es ſollte ſich dennoch kein officium administrationis bey ihm denken laſſen, an welches, um mich der Worte des Kaiſers Conſtantin des Großen zu bedienen, die obligatio taciti pignoris geknüpft iſt? Nun beherzige man aber noch, was Ulpian ſagt *L. 1. pr. D. de eo, qui pro tutore;* Protutelae actionem necessario Praetor proposuit. Nam quia plerumque incertum est, *utrum quis tutor, an vero quasi*

39) *L. 4. D. de eo, qui pro tutore.* Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.

40) *L. 1. §. 9. D. eodem.*

quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit: *ut, sive tutor est, sive non sit, qui gessit, actione tamen teneretur.* Solent enim magni errores intercedere, ut discerni ſacile non possit, utrum quis tutor fuerit, et sic gesserit, an vero non ſuerit, pro tutore tamen munere functus sit. Iſt es alſo oft ſo ſchwer zu unterſcheiden, ob Jemand als Tutor oder Protutor die Vormundſchaft verwaltet hat, hat ſich deswegen der Prätor bewogen gefunden, für beyde Fälle eine gleich wirkſame Klage einzuführen; ſo muß ja wohl nothwendig die obligatio pignoris mit der actio protutelae eben ſo wohl, wie mit der actio tutelae verknüpft ſeyn, wenn nicht der Pupill offenbar der Gefährde Preis gegeben werden ſoll. Hierin beruhet auch der Grund, warum man den Pupillen das perſönliche Vorzugsrecht an den Gütern des Protutors ſo gut, wie an den Gütern des Tutors geſtattete[41]). Ueberdem kann ja der Protutor, wie Javolen[42]) lehrt, ein wirklich beſtellter Vormund ſeyn, er weiß es aber nicht. Hier haftet er auch actione protutelae, quia scire quoque, se tutorem esse, debet, ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat. Und dieſes Irrthums wegen ſollte alſo hier die obligatio pignoris wegfallen? wer wollte das behaupten? Es verſteht ſich jedoch, daß dieſe Hypothek erſt von Zeit der übernommenen Verwaltung ihren Anfang nehmen könne[43]).

An

41) *L. ult. D. de tutelae et rationibus distrahend.*

42) *L. 3. D. eodem.*

43) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47. und MÜLLER ad Struvii *Synt.* iuris civ. Exercit. XXVI. Th. 15. not. k. Tom. II. pag. 23.

An dem Vermögen des Magiſtrats, gegen welchen die actio tutelae subsidiaria begründet iſt, findet hingegen keine ſtillſchweigende Hypothek Statt [44]; die Geſetze geſtehen in Anſehung deſſelben den Pflegbefohlnen nicht einmal ein perſönliches Vorzugsrecht zu. Privilegium, ſagt Ulpian *L, 1. §. 14. D. de magistrat. conveniendis*, in bonis Magistratus pupillus non habet, sed cum caeteris creditoribus partem habiturus est.

Daß die Hypothek, welche die Geſetze den Pupillen und andern Pflegbefohlnen an den Gütern ihrer Vormünder und Curatoren geben, als ein dingliches Recht, nicht bloß auf die Perſon derſelben beſchränkt ſeyn könne, ſondern auch auf ihre Erben übergehe, wäre kaum zu bemerken nöthig, wenn nicht ſo viele ältere [45]) und neuere Rechtsgelehrten [46]), durch einige Stellen der Pandecten [47]) irre geleitet, das Gegentheil behaupteten. Es fällt in die Augen,

44) BAUER Diss. cit. de pignore pupilli. §. 22. et 23. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom II. §. 1183. Meißner vom ſtillſchw. Pfande. §. 117. nr. 10. S. 516. Thibaut Syſt. des P. R. 2. B. §. 643. VI.

45) *Matth.* COLERUS Decision. P. II. Decis. 274. *Christ. Phil.* RICHTER Tr. de iure et privileg creditor. Cap. IV. Sect. I. nr. 77. pag. 220. *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Dig. Lib. XX. Tit. 1. nr. 34. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iuris civ. Tom. II. Exerc. XXVI. Th. 20. pag. 22. *Matth.* BERLICH Conclus. pract. P. I. Concl. 67. nr. 32. u. a. m.

46) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. und Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1601. not. 1.

47) *L. 42. D. de administrat. et peric. tutor. L. 19. §. 1. D. de rebus auct. iudic. possid.*

Augen, daß man hier das perſönliche Vorzugsrecht, welches den Pupillen und Minderjährigen gegen blos chirographariſche Gläubiger an dem Vermögen ihrer Vormünder eingeräumt wird, mit der ſtillſchweigenden Hypothek derſelben verwechſelt hat. Nur von dem erſtern iſt in beyden angeführten Stellen der Pandecten die Rede. Es erhellet dieſes nicht nur daraus, weil beyde ausdrücklich von dem privilegio pupilli ſprechen, der Ausdruck *privilegium creditoris* aber in den Geſetzen blos das perſönliche Vorzugsrecht eines Gläubigers vor andern chirographariſchen oder perſönlichen Gläubigern des Schuldners bezeichnet, wie ſchon an einem andern Orte [48]) bemerkt worden iſt; ſondern es läßt ſich dieſes auch aus der Inſcription der *L.* 19. *D. de rebus auct. iud. poſsid* [49]) beweiſen. Dieſe lehrt uns, daß das angeführte Fragment aus Ulpians *libro LXIII. ad Edictum* genommen iſt. Vergleicht man nun alle aus dieſem Buche des Ulpian in die Pandecten aufgenommene Stellen, ſo wie ſie Abrah. Wieling [50]) citirt, und Carl Ferd. Hommel [51]) hat abdrucken laſſen, ſo handeln ſie von den privilegirten Gläubigern, inſofern ſie in den Geſetzen [52]) den

48) S. den 18. Th. dieſes Commentars, und deſſen 2. Abth. §. 1086. S. 394.

49) Dieſes Argument hat beſonders *Car. Frid.* WALCH in Pr. de privilegio pupilli L. XIX. D. de reb. auct. iud. poss. eius heredi denegato. *Ienae* 1769. ausgeführt.

50) Iurisprud. Restituta. pag. 286.

51) Palingenesia libror iuris veterum. p. 311.

52) *L.* 10. *pr. D. de pactis.*

den hypothekariſchen entgegengeſetzt werden. Daher geht auch in den gloſſirten Ausgaben der Pandecten mit der *L.* 16. *D. de rebus auct. iud. poſſid.* ein neuer Titel an, welcher de privilegiis creditorum überſchrieben iſt. Nur dieſes privilegium pupillorum iſt ein privilegium perſonae, quae meruit praecipuum favorem, wie **Papinian** *L.* 42. *D. de admin. et peric. tutor.* ſagt, und welches daher, wie **Ulpian** in der angeführten *L.* 19. lehrt, nicht auf die Erben übergeht. Allein von ganz anderer Beſchaffenheit iſt die geſetzliche Hypothek der Pupillen und Pflegbefohlnen. Dieſe iſt pro officio administrationis eingeführt [53]), und alſo nicht ſowohl der Perſon des Pupillen, als vielmehr der administrationi pupillarium rerum, wie **Juſtinian** [54]) ſagt, beygelegt. Nach dem Beyſpiele derſelben ertheilte auch **Juſtinian** dem Heyrathsgute ein Pfandrecht. Es iſt merkwürdig, wie ſich **Juſtinian** *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxor. act.* ausdrückt: Et ut *plenius* dotibus ſubveniatur: quemadmodum *in adminiſtratione pupillarium rerum*, et in aliis multis iuris articulis, *tacitas hypothecas ineſſe accipimus:* ita et in huiusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam. Geht nun die Hypothek des Heyrathsguts ohne Zweifel auf die Erben der Ehefrau über [55]), wie war es möglich dieſe Vererbung bey

53) *L.* 20. *Cod. de admin. tutor.*

54) *L. un.* §. 1. *Cod. de rei ux. act.*

55) *L. un.* §. 6. *Cod. eodem. L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potior. in pign. Chr.* GMELIN Diss. de iure dotis in concurſu creditor. §. 4. in fin. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht. §. 160.

bey der Hypothek der Pupillen zu bezweifeln [56])? Mit dem Tode des Pupillen erliſcht alſo die ihm an den Gütern ſeines Vormunds zuſtehende Hypothek nicht, ſondern ſie dauert fort, wenn gleich die Vormundſchaft ſchon aufgehört hat, und Rechnung abgelegt iſt, bis die aus der Verwaltung der Vormundſchaft herrührende Forderungen und Rückſtände gänzlich getilgt ſind [57]). Als General-Hypothek erſtreckt ſie ſich alſo auch auf diejenigen Güter, welche der Vormund noch nach geendigter Vormundſchaft vor Tilgung ſeiner Schuld erworben hat [58]). Ein generelles geſetzliches Pfandrecht hat ferner Kaiſer Juſtinian

VIII. den Erben an den Gütern eines Wittwers oder einer Wittwe ertheilt, welchem oder welcher von dem Erblaſſer, er ſey der verſtorbene Ehegatte, oder ein Dritter, Etwas unter der Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, hinterlaſſen worden iſt, wegen der Reſtitution dieſes Vermächtniſſes auf den Fall, wenn jener Bedingung

 zuwider

56) Man vergleiche noch *Ge. Frid.* DEINLIN Diſs. de tranſitu hypothecae tacitae in bonis tutoris ad heredes pupilli. *Altorfii* 1724. ERXLEBEN Princ. de iure pignor. §. 78. not. a. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 1. B. 37. Meditat und Meißner §. 122.

57) Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht. §. 121. Geſterding Pfandrecht. §. 18. S. 112. a. E. und HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. II. §. 1183. nr. 4.

58) Gegen Böhmer, welcher in Conſultat. et Deciſion. Tom. II. P. I. Reſp. 414 nr. 10. das Gegentheil behauptet, hat dieß ſehr gründlich ausgeführt *Sim. Frid.* SEGNIZ in Diſs. de hypotheca pupilli tacita bona tutoris poſt finitum adminiſtrationis officium quaeſita afficiente. *Altorfii* 1789.

zuwider gehandelt werden ſollte. Dieſes ſtillſchweigende Pfandrecht, welches von vielen überſehen worden iſt [59]), gründet ſich in der vom Kaiſer Juſtinian im Jahr 536. promulgirten 22. Novelle, in deren Kap. 44. es nach Hombergk zu Vach heißt: Sancimus igitur, si quis uxorem, vel etiam uxor maritum (idem enim est) secundum matrimonium contrahere prohibuerit, eoque nomine quid reliquerit, ut alter coniugum ex duobus electionem habeat, utrum matrimonium contrahere, et accipiendis renunciare, aut si hoc nolit, sed defunctum honoret, omnino a secundis nuptiis abstinere velit. Sed ne res in suspenso sit, et post longum forte tempus denuo exactio fiat, propterea pulchrum nobis visum est, rem sic definire, ut intra annum quidem nullo modo relictum exigi possit, nisi Sacerdotium alteri personae obveniens capiendi ius praestet, quasi nulla spes nuptiarum reliqua sit. Si vero annale tempus praeterierit, concedimus quidem illi personae, ut relictum capiat, non tamen simpliciter: sed siquidem res immobilis sit, non aliter eam capiat, quam

59) Es haben dieſes ſtillſchweigende Pfandrecht angeführt VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23. Heiſe im Grundriß eines Syſtems des gemeinen Civilrechts S. 50. Not. 10. der 2. Ausgabe. Heidelberg 1816. 8. und Schweppe im Röm. Privatrecht 1. Bd. §. 303. Nr. 7. Letzterer beſchränkt es jedoch offenbar gegen die Worte der *Nov.* 22. *cap.* 44. §. 8. wenn er ſolches blos den Erben des verſtorbenen Ehegatten an dem Vermögen des Ueberlebenden, wegen der dem letzten, unter der Bedingung nicht wieder zu heyrathen, hinterlaſſenen Güter geſtattet.

quam praeſtito iuramento, *et rebus ſuis pignori obligatis, (id quod etiam* TACITE *hac lege concedimus)* ſe rem, quae data eſt, talem, qualem accepit, ſi ſecundas nuptias contraxerit, redditurum, reſtitutis quoque fructibus, quos medio tempore percepit. Sin vero res mobilis ſit, et perſona, quae vult capere, idoneas facultates habeat, quod relictum eſt, *ſub eadem cautione, et iisdem hypothecis detur.* — — Eandem vero obſervationem, eandemque rationem introducimus, etiamſi coniuges ſibi invicem ſub tali conditione non reliquerint, *ſed extraneus quis aut marito, aut uxori ſub tali conditione quid dari voluerit;* caſibus ſcilicet fortuitis ſecundum naturam ſuam, et leges de his latas in dationibus et reſtitutionibus ſpectandis. Zu den geſetzlichen General-Hypotheken rechnet man auch noch gewöhnlich [60])

IX. diejenige, welche Kaiſer Juſtinian den Legatarien und Fideicommiſſarien an den Erbgütern des Beſchwerten in der *L.* 1. §. 1. *Cod. Communia de legatis et fideicommiſſis* gegeben hat. Andere halten dieſes Pfandrecht für ein gemiſchtes inſofern, daß es bald ein generelles, bald ein ſpecielles iſt, je nachdem die Erbgüter in der ganzen Verlaſſenſchaft, oder in einzelnen Erbſchaftsſtücken beſtehen. Allein es iſt ſchon oben [62]) bemerkt worden,

60) HOFACKER Princip. iuris. T. II. §. 1184. Zachariä Inſtitutionen des R. R. S. 352.

61) Thibaut Syſt. des P. R. 2. B. §. 644. und Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 305.

62) S. den 18. Th. §. 1086. S. 403. f.

worden, daß das geſetzliche Pfandrecht der Legatarien, da es nur an den ererbten Gütern, nicht aber an dem eigenen Vermögen des Erben haftet, für ein blos ſpecielles gelten könne. Juſtinian gründet dieſe Hypothek auf den vermutheten Willen der Teſtirer, welche ſonſt ſelbſt für die Sicherheit der Legatarien dadurch ſorgten, daß ſie ihnen ein Pfandrecht an ihrem Nachlaſſe zu vermachen pflegten. Dieſes ſoll ſich aber nun vermöge ſeiner Conſtitution ſchon von ſelbſt verſtehen. Die Worte derſelben lauten folgendermaßen. Cum hi, qui legatis, vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem plerumque habere noscantur: —— Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem [63]) penitus aboleri: omnibus vero tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem,

63) Dieſe ſonſt bey den Fideicommiſſen übliche Immiſſion erhielt der Fideicommiſſar in dem Falle, wenn der Erbe die als Fideicommiß hinterlaſſene Sache veräuſſert hatte. Hier konnte der Fideicommiſſar eine Immiſſion nicht nur in die Erbgüter, ſondern auch in die eignen Güter des Erben erhalten, und wenn der Erbe nicht im Stande war, den Fideicommiſſar zu entſchädigen, ſo hatte ſie ſogar in die veräuſſerte fideicommiſſariſche Sache ſelbſt Statt, jedoch nur alsdann, wenn der dritte Beſitzer in mala fide war. PAULUS *Sentent. Receptar. Lib. IV. Tit.* 1. §. 15. *et* §. 17. Dieſe Miſſion vertrat die Stelle der Reivindication, welche den Legatarien zuſtand, hat aber nun aufgehört, nachdem Juſtinian die Legate und Fideicommiſſe einander gleichgemacht hat. S. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejustin. ad Paulum c. l. not. 43. pag. 389. et CUJACIUS ad Eundem not. 47. auch Weſtphals Pfandrecht. §. 98. Not. 118. S. 144.

rem, quatenus eis liceat easdem res, sive per quodcunque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, *et insuper utilem Servianam*, *id est hypothecariam super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare.* Cum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare, et iterum novellae Constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt: *non ab rc est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare actionem, quae etiam nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci.* Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas: ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata. Et haec disposuimus non tantum si *ab herede* fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si *a legatario* vel *fideicommissario* vel *alia persona, quam gravare fideicommisso possumus,* fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri adferat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. *In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit:*

petit: et hypothecam eſſe non ipſius heredis, vel alterius perſonae, quae gravata eſt fideicommiſſo, rerum, ſed tantummodo earum, quae a teſtatore ad eam pervenerint. Dat. XV. Kal. Octob. Chalcedone, Decio V. C. Cons. 529.

Wenn Juſtinian, auſſer den Legatarien, auch den Fideicommiſſarien ein ſtillſchweigendes Pfandrecht giebt, ſo werden unter den letzteren nur diejenigen verſtanden, denen Singulär-Fideicommiſſe hinterlaſſen worden ſind. Denn nur die fideicommissa singularia hat Juſtinian in dieſer Conſtitution den Vermächtniſſen gleichſetzen wollen [64]. Fideicommißerben haben alſo kein geſetzliches Pfandrecht auf dem Vermögen des Erblaſſers. In der Folge hat es ihnen zwar Juſtinian durch die Novelle 108 Kap. 2. aber nur in dem Falle ertheilt, wenn das Univerſalfideicommiß dergeſtalt iſt angeordnet worden, daß nur dasjenige reſtituirt werden ſoll, was nach dem Tode des Fiduciar-Erben noch übrig ſeyn würde. Hier ſoll dem Fideicommiſſar wenigſtens ein Viertel übrig gelaſſen werden. Iſt dieſes nicht geſchehen, ſo ſoll ſoviel, als dieſes beträgt, aus dem übrigen Vermögen des Erben ergänzt werden, und wenn auch dieſes nicht zureichen ſollte, ſo ſoll der Fideicommiſſar die dritten Beſitzer der von dem Fiduciar-Erben veräuſſerten Sachen in Anſpruch zu nehmen befugt ſeyn. Daß Juſtinian hierdurch etwas Neues habe verordnen wollen, woraus ſich jedoch nicht, wie mehrere

64) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 62. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrechte. §. 179. Geſterding Pfandrecht. §. 18. Nr. VII. S. 113.

rere[65]) wollen, eine allgemeine Regel für die Fideicommiß-Erben bilden läßt, erhellet aus folgenden Worten deutlich: Sin vero quartam attingat, neque alia bona in supplementum habeat: tum adversus eos, qui emerunt, vel aliter res acceperunt, in rem actionem, et hypothecas *auctoritate huius legis* damus, ut fideicommissario per rerum vindicationem sibi ipsi satisfacere liceat: *id quod etiam in legatis iam concessimus*, et in constitutione tam in rem actionem quam persecutionem fideicommissi illis largiti sumus.

Da Juſtinian bald nach Einführung der Hypothek der Legatarien durch die *Const.* 4. (VIII. 57.) *Cod. de donation. causa mortis* vom Jahre 530. auch die Schenkungen von Todeswegen in Form und Wirkung den Legaten gleichſtellte; ſo läßt ſich wohl nicht mit Grund daran zweifeln, daß nach dem Geiſt dieſer Verordnung die ſtillſchweigende Hypothek der Vermächtniſſe ſich ebenfalls auf jene mit erſtrecken ſolle, wie auch von den meiſten Rechtsgelehrten[66]) angenommen wird. Ob aber dieſe Hypothek ſchon gleich von der Zeit des Todes des Erblaſſers, oder erſt mit der Antretung der Erbſchaft ihren Anfang nehme, iſt

65) Z. B. Dabelow vom Concurſe der Gläubiger. S. 238. Allein man ſehe Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht. §. 179. S. 471. ff. und Thibaut Syſtem des Pandectenrechts 2. B. §. 644. a. E.

66) BACHOV Tr. de pignorib. Lib. I. Cap. 10. nr. 6. *Ant.* MERENDA Controv. iuris Lib. III. cap. 49. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1184. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. cap. 5. §. 9. und Meißner §. 180.

iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Die meiſten [67]) behaupten das Erſtere, weil mit dem Tode des Teſtirers die Legatarien ein Recht an dem Vermächtniß erwerben, welches durch dieſe Hypothek geſichert werden ſoll. Diejenigen [68]) hingegen, welche das Letztere für richtiger halten, gründen ihre Meinung darin, daß die Verbindlichkeit des Erben zur Auszahlung oder Ablieferung der Vermächtniſſe erſt mit der Erbſchaftsantretung entſtehe, und das ausdrückliche teſtamentariſche Pfandrecht, nach deſſen Beyſpiel die ſtillſchweigende Hypothek der Legatarien iſt eingeführt worden, auch erſt in dem Augenblick der Erbſchaftsantretung ſeinen Anfang nehme. Ueberdem ſey es vorher ungewiß, ob das Teſtament nicht deſtituirt, und mithin das Vermächtniß zu Grunde gehen werde. Die actio perſonalis ex teſtamento, von welcher die hypothekariſche Klage abhängig iſt, entſtehe auch erſt durch Antretung der Erbſchaft. Die richtigſte Meinung iſt wohl die, wenn man den Anfang der Hypothek von der Zeit an rechnet, da der Legatar das Vermächtniß erwirbt. Geſchieht dieſe Erwerbung in dem Augenblick des Todes des Erblaſſers, ſo nimmt auch in dieſem Augenblick die dem Legatar geſetzlich zuſtehende Hypothek ihren Anfang, und nicht erſt von der Zeit an, da der Erbe die Erbſchaft antritt. Sancimus,

67) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 22. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 66. HOFACKER c. l. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviſs. Tom. II. §. 676. in fin. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1047. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 574. in fin. Geſterding Pfandrecht. §. 18. S. 114.

68) Meißner vom ſtillſchw. Pfandr. §. 185. Thibaut Syſtem des P. R. 2. B. §. 644.

cimus, ſagt Juſtinian *L. un.* §. 1. *Cod. de caducis tollendis, omnes habere licentiam* A MORTE TESTATORIS *adire hereditatem;* similique modo *legatorum* vel *ſideicommissorum pure vel in diem certam relictorum diem* A MORTE TESTATORIS *cedere*. Es wird zwar freylich vorausgeſetzt, daß die Antretung der Erbſchaft oder Anerkennung des letzten Willens demnächſt wirklich erfolge, mithin das Teſtament nicht destitutum werde; allein dieſes ſchiebt ſo wenig die Erwerbung des Vermächtniſſes, oder Fideicommiſſes, als die Entſtehung der Hypothek auf, ſondern macht nur, daß wenn ſie nachher unterbleibt, der Anfall des Vermächniſſes rückwärts vernichtet wird[69]), und mit demſelben denn auch natürlich die Hypothek erliſcht. Es iſt auch ferner nicht zu läugnen, daß die Verbindlichkeit des Erben zur Auszahlung des Vermächtniſſes erſt von der Zeit an eintritt, da der Erbe die Erbſchaft angetreten hat; allein auch daraus folgt nicht, daß die Hypothek erſt mit dieſem Zeitpunkt ihren Anfang nehme. Denn da nun nach *L. un.* §. 1. *et* 5. *Cod. de caducis tollendis* dem Erben erlaubt iſt, die Erbſchaft gleich mit dem Augenblick des Todes des Teſtirers anzutreten, was vorher nach der *Lex Papia* nicht der Fall war, wo das Teſtament nicht vor einem beſtimmten Termin eröfnet, und mithin auch die Erbſchaft nicht vor der feierlichen Eröfnung des Teſtaments angetreten werden durfte[70]); ſo muß ja doch wohl nun noch weit eher,

69) Schweppe Röm. Privatrecht. 3. B. §. 828.

70) ULPIANUS *Fragm. Tit. XXIV.* §. 31. S. HEINECCII Commentar. ad Legem Iul. et Papiam Poppaeam. Lib. III, cap. 2. §. 2.

eher, als zur Zeit des Florentinus [71]) der Grundſatz gelten: heres, *quandoque adeundo hereditatem*, iam tunc A MORTE *successisse* DEFUNCTO *intelligitur*, und es kann hier nicht mehr blos auf eine Begünſtigung der Transmiſſion abgeſehen ſeyn, wenn das Geſetz eine Hypothek beſtellte, um dem Willen des Teſtirers zu genügen, deſſen Abſicht es iſt, daß diejenigen auch gewiß die Vermächtniſſe und Fideicommiſſe erhalten, denen ſie hinterlaſſen worden ſind. Selbſt die rechtliche Fiction, nach welcher die Antretung der Erbſchaft, wenn ſie erfolgt, auf die Zeit des Todes des Erblaſſers zurückgezogen wird, und worauf ſich auch die cessio diei legatorum a die mortis testoris gründet, hatte ſchon die Sicherheit der Legatarien zum Zweck, damit nicht durch ungebührliche Verzögerung der Erbſchaftsantretung das Recht derſelben vereitelt werden möchte [72]). Und das Mittel der Sicherheit ſelbſt, die ſtillſchweigende Hypothek, ſollte erſt mit der Erbſchaftsantretung ihren Anfang nehmen? Gewiß, wenn auch der Teſtator ſelbſt das Pfandrecht beſtellt hätte, ſo würde es auch gleich in dem Augenblick entſtehen, da das Teſtament durch den Tod deſſelben beſtätigt worden iſt [73]). Nun hat ja Juſtinian nach dem Beyſpiele des teſtamentariſchen Pfandrechts die geſetzliche Hypothek eingeführt.

Das

71) *L.* 54. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* S. Zachariä Inſtitutionen des Röm. Rechts. S. 588. f.

72) POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. Tit. de legatis. P. III. Nr. CCLXXVII. not. a. pag. 328. und Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 583. Not. 1.

73) S. den 18. Th. dieſes Commentars 1. Abth. §. 1077. S. 189.

Das Pfandrecht kann zwar freylich nicht eher von den Legatarien in Ausübung gebracht werden, als nachdem der Erbe die Erbſchaft angetreten hat, ſo wenig als der Legatar früher das Vermächtniß fordern kann; allein wer wird deswegen behaupten, daß es erſt dann ſeinen Anfang nehme, wenn die actio personalis ex testamento angeſtellt werden kann? Die actio hypothecaria der Pupillen ſchließt ſich auch an die actio tutelae, ſo wie die hypothekariſche Klage der Eheweiber an die actio ex stipulatu de dote an, und doch entſteht die ihnen geſetzlich ertheilte Hypothek viel früher. Nimmt freylich das Recht des Legatars erſt mit dem Antritt der Erbſchaft ſeinen Anfang [74]), ſo kann auch wohl das Pfandrecht nicht früher entſtehen. Iſt aber das Vermächtniß ein ſolches, welches auf die Erben übergeht, es hängt jedoch die Erwerbung deſſelben noch von der Exiſtenz einer Bedingung ab, ſo erliſcht zwar das Vermächtniß, wenn der Legatar vor dem Eintritt der Bedingung ſtirbt, und ſeine Erben können es nun nicht fordern [75]). Allein wird die Bedingung noch bey ſeinem Leben erfüllt; ſo wird das Pfandrecht nicht erſt von der Zeit an gerechnet, da die Bedingung exiſtirt, ſondern es wird der Anfang deſſelben, ſo wie die Erwerbung des Vermächtniſſes, zurückgezogen auf die Zeit des Todes des Teſtirers, nicht anders, als wenn das Legat gleich anfangs unbedingt wäre hinterlaſſen worden [76]). Die Hypothek,

74) *L. un. D. Quando dies usuſfr. legati cedat. L. 2. et 3. D. Quando dies legator. vel fideicommiſſor. cedat. L. 9. D. eodem.*

75) *L. 5. §. 2. D. Quando dies legator. vel fideicommiſſor.*

76) *L. 9. §. 2. D. Qui potiores in pignore. L. 69. §. 1. L. 81. Lib. XXX. D. de legatis. L. 105. D. de condit. et*

pothek findet übrigens nicht nur Statt, wenn der Erbe mit Vermächtniſſen oder Fideicommiſſen beſchwert iſt, ſondern auch wenn einem Legatar wieder die Auszahlung eines Vermächtniſſes oder Fideicommiſſes iſt auferlegt worden. Sie erſtreckt ſich aber immer nur auf diejenigen Güter, welche dem Teſtirer eigen gehörten, und von ihm auf die mit dem Legat oder Fideicommiß beſchwerte Perſon gekommen ſind; auf den eigenen Gütern des Erben, oder der beſchwerten Perſon haftet ſie hingegen eben ſo wenig, als auf den legirten Sachen ſelbſt, wenn es nämlich ſolche Sachen ſind, wovon das Eigenthum ſogleich mit dem Tode des Teſtirers auf den Legatar übergeht[77]. Die Wirkung dieſer Hypothek äuſſert ſich auch nur gegen die Gläubiger des Erben, oder überhaupt des mit dem Vermächtniß oder Fideicommiß Beſchwerten. Gegen die Gläubiger des Teſtirers kann der Legatar von ſeinem ſtillſchweigenden Pfandrechte keinen Gebrauch machen. Dieſe müſſen, wenn es auch nur einfache chirographariſche Gläubiger ſeyn ſollten, vor allen Legatarien und Fideicommiſſarien befriediget werden[78]. In einer neuern Conſtitution ſagt ſogar Juſtinian,

et demonstrat. S. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. IV. cap. 2. nr. 4. et 5. *Vincent.* FUSARIUS Tr. de Substitutionib. P II. Quaest. 612. BRUNNEMANN Comm. ad L. 1. Cod. Communia de legatis nr. 11. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 66.

77) LAUTERBACH Colleg. cit loc. §. 65. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 119. und Meißner vom ſtillſchweig. Pfandrecht §. 182.

78) LAUTERBACH Colleg. c. l. §. 67. Meißner vom ſtillſchw. Pfandr. §. 186. von Gmelin Ordnung d. G. §. 119. S. 512.

ſtinian, nämlich *L.* 22. §. 5. *Cod. de iure delib.* Licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis, vel indebiti condictione uti, et haec, quae acceperint, recuperare: cum satis absurdum sit, creditoribus quidem ius suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare. Dahingegen kann der Legatar vermöge der ihm ertheilten Hypothek den Vorzug vor den eignen Gläubigern desjenigen verlangen, der mit dem Vermächtniß beſchwert iſt, jedoch blos in Anſehung derjenigen Güter, welche ihm von dem Erblaſſer hinterlaſſen worden ſind[79]. Denn ſind die Gläubiger des Teſtirers befriediget, ſo ſollen die Legatarien nach den klaren Worten der *L.* 1. *Cod. Communia de legatis* ihre Vermächtniſſe ſchlechterdings erhalten, ut omnibus modis voluntati testatoris satisfiat. Indeſſen behaupten andere[80] nicht ohne Grund, daß ihnen, wegen der zwiſchen Erblaſſer und Erben fingirten Einheit der Perſon, der behauptete Vorzug nur dann zu geſtatten ſey, wenn ſie ſich der Rechtswohlthat der Separation bedienen, als welche namentlich auch den Legatarien in den Geſetzen[81] eingeräumt

79) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 21. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. pag. 533. Geſterding Pfandrecht. §. 18. S. 114.

80) Dabelow von Concurſe der Gläubiger. S. 343. *Alb. Phil.* FRICK lib. sing. de debitoris demortui creditoribus hypothecariis ad separationis beneficium admittendis. *Helmst.* 1783. §. 6. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht §. 187.

81) *L.* 6. *pr. D. de Separat.* von Gmelin Ordnung der Gl. §. 119. S. 508. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 2057.

geräumt wird. Soviel endlich die Natur dieſes Pfandrechts anbetrifft, ſo bemerken faſt alle ſowohl ältere [82]) als neuere Rechtsgelehrten [83]), daß daſſelbe die von der Regel, nach welcher ſonſt alles Pfandrecht untheilbar iſt, abweichende Eigenſchaft habe, daß wenn etwa das Vermächtniß von der ganzen Erbſchaft hinterlaſſen iſt, und mehrere Miterben dazu beyzutragen haben, die Erbgüter eines Jeden nur für ſeinen Antheil, und alſo nur inſoweit haften, als die perſönliche Klage gegen ihn anwendbar iſt. So verſtehen nämlich faſt alle die Worte der *L. 1. Cod. Communia de legatis:* In omnibus autem huiusmodi casibus *in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus*, in quantum *personalis actio* adversus eum competit. Faſt alle lehren daher, die hypothekariſche Klage ſey gegen mehrere Miterben wegen eines Vermächtniſſes eben ſo theilbar, wie die perſönliche Klage aus dem Teſtamente. Franz Ragueau [84]) erhob

82) *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 2. I. de legatis. nr. 4. *Io. Iac.* WISSENBACH Commentat. cathedr. in libros VII. prior. Cod. ad L. 1. Commun. de legat pag. 619. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 21. in fin. et libr. XXX. sqq. de legatis. §. 91. LAUTERBACH Colleg. th. pr Pand. h. t. §. 64. et Lib. XXX. sqq. de legat. §. 45. u. a. m.

83) von Gmelin Ordn. d. G. §. 119. S. 509. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 574. p. 533. HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1184. nr. III. Thibaut Syſtem des Pand. R. 2. B. § 644. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 305. Meißner von ſtillſchw. Pfdr. §. 183. Geſterding Pfandrecht §. 18. S. 114. a. E.

84) *Franc.* RAGUELLUS in Commentar. ad Constitutiones et Decisiones Iustiniani, quae XII. libris Cod. continentur. ad L. 1. Communia de legatis pag. 513. (*Parisii* 1610. 4.)

erhob zwar zuerſt ſeine Stimme gegen die ſchon zu ſeiner Zeit herrſchende gemeine Meinung. Seine Worte ſind merkwürdig. Non est praetermittendum, ſagt er, quod *Iustinianus* circa finem huius constitutionis dicit, hypothecaria unumquemque in tantum conveniri posse, in quantum personalis actio adversus eum competit ex testamento, vel codicillis, sive heres sit, sive legatarius, sive fideicommissarius, qui fideicommisso oneratus est: *videlicet ut is hypothecaria conveniri non possit, qui non potest actione in personam legati vel fideicommissi nomine.* Non est autem ea mens *Iustiniani*, ut non in solidum, sed pro rata et virili portione, ex qua quisque heres est, teneatur, ut casus huius constitutionis excipiendus sit *a lege* 1. *et* 2. *Cod. Si unus ex pluribus heredibus creditoris.* Unde intelligimus, ut ex aliis locis multis, personalem quidem actionem dividi inter heredes ex 12. tabulis. At hypothecam esse in solidum, quia rem sequitur, et personam non obligat, quod est explorati iuris, cui *Iustinianus* derogari noluit. *Non datur ergo haec actio hypothecaria in eum, qui non est oneratus fideicommisso, quia nec personalis in eum datur.* Allein er hatte die Auctorität der Gloſſe gegen ſich, und dem Einwurfe, daß es Juſtinians Abſicht nicht geweſen ſeyn könne, der Hypothek der Legatarien eine von der Natur des Pfandrechts ſo ſehr abweichende Eigenheit zu geben, hatte ſchon vor ihm Hugues Doneau [85]) auf eine ſolche Art zu begegnen

85) *Hug.* DONNELLUS in Comm. ad Cod. L. 1. Commun. de legatis n. 12. pag. 529.

nen geſucht, daß man glauben ſollte, das, was Juſti-nian hier von der Theilbarkeit der hypothekariſchen Klage verordnet hat, ſey gar nichts Beſonderes, ſondern könne nicht anders ſeyn. Wir wollen ihn ſelbſt reden laſſen. Huic loco opponitur *L.* 2. *Cod. Si unus ex pluribus heredibus*, ubi pro eo, quod unus ex heredibus debet, etiam res alterius coheredis pignoris nomine conveniri possunt. Sed locus is nihil ad rem pertinet. Nam illic agitur de ea specie, cum obligatio et pignus a defuncto inceperint, cum defunctus debere coepit pecuniam, et in eam pecuniam res eius sunt obligatae. Quemadmodum pro etiam minima parte debiti res omnes defuncti erant obligatae; *L.* 9. §. 3. *D. de pign. act.* sic debitae mortuo, pro quacunque parte huius debiti, omnes res eius tenebuntur. Itaque pro debito unius heredis etiam res alterius coheredis convenientur, si testatoris fuerunt, nam prius erant obligatae. Ex personis autem heredum non immutatur conditio obligationis, *L.* 2. §. 2. *De Verbor. obligat.* et in pignore ex persona possessorum non immutatur conditio pignoris. *L.* 2. *Cod. Si unus ex plurib. heredib.* At hic agitur de legato et fideicommisso, cuius obligatio ab heredibus incipit, et propterea ab his quoque incipit pignus et hypotheca, *cuius consequens est, non nova aut singulari ratione iuris, sed communi, ut in id, quod singuli heredes debent, non possint obligatae esse, nisi res, quae sunt singulorum*, quia pignus oportet esse cum constituitur in bonis debitoris. *L.* 5. *Cod. Si aliena res pignori data sit.* Kein Wunder, daß bey einer

ſolchen

ſolchen Auctorität, welche für die gemeine Meinung kämpfte, Ragueau's Stimme verhallte, wie der Schall im Fichten Walde. So konnten zweyhundert Jahre verflieſſen, bis es wieder ein Rechtslehrer auf der Academie zu Greifswalde laut auszuſprechen wagte, das, was ſeit Jahrhunderten von viel Tauſenden behauptet worden, ſey dennoch ein verjährter Irrthum. Es war Hermann Becker, der in einer Proluſio academica de actione hypothecaria legatariis ex L. 1. Cod. Comm. de legatis contra coheredes competente non ipſo iure diviſa, mit welcher er im Jahr 1768 ſeine Sommervorleſungen ankündigte, die gemeine Meinung aus vielen Gründen beſtritt. Es iſt der Mühe werth, dieſe Gründe, durch eine genaue Darſtellung derſelben, allgemeiner bekannt zu machen, da die Schrift ſelbſt, nach dem gewöhnlichen Schickſal academiſcher Schriften faſt ganz in Vergeſſenheit gerathen iſt, und den wenigſten zu Geſichte gekommen zu ſeyn ſcheint. Die Gründe ſind nun folgende. Wie wenig es Juſtinians Abſicht geweſen ſey, in den oben angeführten Worten: *In omnibus autem huiusmodi caſibus* etc. die von ihm zu Gunſten der Legatarien und Fideicommiſſarien neu eingeführte hypothekariſche Klage gegen die weſentliche Natur derſelben auf die Gränzen der perſönlichen Teſtamentsklage zu beſchränken, beweiſe, ſagt Becker 1) der ganze Zuſammenhang des Geſetzes. Denn in den vorhergehenden Worten rechtfertige der Geſetzgeber die Einführung der neuen Klage damit, daß er zeigt, wie ſie dem Teſtirer eben ſo wenig zum Nachtheil gereiche, als der Erbe oder Legatar, dem die Auszahlung eines Legats oder Fideicommiſſes aufgelegt worden, Urſache habe, ſich darüber zu beſchweren. Der Wille des Teſta-

tors, ſagt er, ſey, daß diejenigen, welchen er Vermächtniſſe und Fideicommiſſe hinterlaſſen hat, ſolche auch auf alle mögliche Art erhalten. Nun zwecke aber die Hypothek eben dahin ab, daß ſein letzter Wille erfüllet werde. Dem Teſtator wäre es ja erlaubt, ſelbſt eine Hypothek auf ſeinen Sachen einem Jeden nach ſeinem Gefallen zu vermachen; warum ſollte der Geſetzgeber nicht die Macht haben, die hypothekariſche Klage in dem gegenwärtigen Falle zu ertheilen, wo ſie zur Aufrechterhaltung ſeines letzten Willens gereicht? Sodann aber erſtrecke ſich ja auch die hypothekariſche Klage weiter nicht, als auf die Sachen, welche der mit dem Vermächtniß oder Fideicommiß Beſchwerte von dem Teſtirer erhalten hat; denn die eigenen Sachen des beſchwerten Erben, oder Legatars ſeyen dieſem Pfandrechte nicht unterworfen. Die hypothekariſche Klage finde alſo gegen den beſchwerten Erben oder Legatar nur in ſo weit ſtatt, als er aus der Erbſchaft des Verſtorbenen Sachen erhalten hat, und er, wenn auch die hypothekariſche Klage nicht wäre ertheilt worden, mit der perſönlichen Klage aus dem Teſtament belangt werden könnte. Daher habe nun **Juſtinian** ſeiner Conſtitution noch die Worte beygefügt: *In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit;* welche alſo keinen andern Sinn haben könnten, als den, daß die hypothekariſche Klage gegen den beſchwerten Erben oder Legatar nur in ſofern begründet ſey, als der Beklagte die Sache, wegen welcher die hypothekariſche Klage gegen ihn angeſtellt wird, als Erbe des verſtorbenen Teſtators beſitzt, und nicht auf andere Art erworben hat. Dieß ergebe ſich noch mehr aus den nächſt

folgenden letzteren Worten, welche von jenen durchaus nicht getrennt werden durften: nämlich *et hypothecam eſſe non ipſius heredis, vel alterius perſonae, quae gravata eſt fideicommiſſo, rerum, ſed tantummodo earum, quae a teſtatore ad eum pervenerint.* Die Abſicht des Geſetzgebers ſey alſo keineswegs dahin gerichtet geweſen, die Natur der hypothekariſchen Klage, inſofern ſie auf Abtretung der verpfändeten Sache geht, bis der Gläubiger ſeiner Forderung wegen völlig befriediget worden iſt [86]), hierdurch abzuändern und in dem Falle zu beſchränken, wenn ſie von Legatarien und Fideicommiſſarien gegen die mit Vermächtniſſen beſchwerten Erben und Legatarien angeſtellet wird, ſo daß dieſelben ſich durch Bezahlung ihres Antheils von der Abtretung der geſetzlich verpfändeten erbſchaftlichen Sache befreyen, und in Rückſicht des Uebrigen den Kläger an den andern Miterben oder Collegatar, der mit eben demſelben Legat oder Fideicommiß beſchwert iſt, verweiſen könnten. So lang freylich die hypothekariſche Klage gegen den Beſitzer der erbſchaftlichen Sachen noch nicht angeſtellt worden iſt, könne derſelbe, durch freiwillige Bezahlung ſeines Antheils, die aus der Erbſchaft erhaltenen Sachen von dem geſetzlich darauf gelegten Pfandrechte, und folglich auch ſich von der daraus entſpringenden Pfandklage befreyen; inſoweit habe **Voet** [87]) vollkommen Recht; weil er dann für ſeinen Theil ſchon vor erhobener Klage den Willen des Teſtirers erfüllt hat, und folglich ſchon vor angeſtellter Klage die Pfandverbindlichkeit in Anſehung der ihm aus der Erbſchaft zugekom-

86) *L.* 16. *pr. et* §. 3. *et* 4. *D. de pignor. et hyp.*

87) Lib. XXX. ſqq. D. Tit. un. de legatis. §. 41.

gekommenen Sachen aufgehoben worden iſt. Allein dieſes finde keineswegs Statt, wenn die hypothekariſche Klage einmal vor Gericht iſt angeſtellt worden. Denn das Recht, welches dem Kläger einmal durch Anſtellung der Klage erworben worden iſt, könne ihm wider ſeinen Willen nicht wieder entzogen werden. In jenen Worten, woraus man das Gegentheil habe folgern wollen, ſpräche ſich alſo nur die Abſicht des Geſetzgebers aus, zu verhüten, damit nicht vielleicht das in ſeiner Conſtitution an die Stelle der alten missio in bona hereditaria eingeführte Pfandrecht gegen deſſelben Abſicht ſowohl wider die Gläubiger des verſtorbenen Teſtirers, als, in Rückſicht der eigenen Sachen des Erben und Legatars, gegen derſelben Gläubiger ausgedehnt werden möchte. Darum ſage er, die hypothekariſche Klage finde nicht weiter Statt, oder das mit dieſer Klage zu verfolgende Pfandrecht könne von den begünſtigten Legatarien und Fideicommiſſarien nicht weiter ausgedehnt werden, als ſo weit die perſönliche Klage gegen den beſchwerten Erben oder Legatar reicht. Dieſe actio personalis finde aber nicht eher Statt, als wenn zuvor alle Gläubiger des verſtorbenen Teſtirers aus der Erbmaſſe ihre vollkommene Befriedigung erhalten, und gehe weder an ſich wider den Erben über die Kräfte der Erbſchaft, noch könne auch in dem Falle, da er etwa, zum Nachtheil ſeiner Gläubiger, die erbſchaftlichen Güter durchgebracht hat, darauf gerichtet werden, daß der Erbe die Vermächtniſſe nun aus ſeinem eigenen Vermögen bezahle. Sodann habe ferner 2) der Geſetzgeber jene Worte, von deren richtigen Auslegung hier die Rede iſt, ſeiner Conſtitution auch darum beygefügt, um zu zeigen, daß das geſetzliche Pfandrecht, welches zu Gunſten der letzten Willensver-

ordnungen, und aller und jeder Legatarien und Fideicommiſſarien durch das Geſetz neu eingeführt worden iſt, nicht auf alle und jede von dem Verſtorbenen hinterlaſſene erbſchaftliche Sachen erſtreckt werden dürfe, ſondern nach der Abſicht des Geſetzgebers nur auf diejenigen erbſchaftlichen Sachen allein einzuſchränken ſey, welche an den mit der Auszahlung des Vermächtniſſes beſchwerten Erben oder Legatar aus des Verſtorbenen Verlaſſenſchaft gekommen ſind, mithin die den Legatarien und Fideicomiſſarien ertheilte hypothekariſche Klage gegen die übrigen Erben und Legatarien, die mit dem Vermächtniß nicht beſchwert ſind, auf keine Weiſe ſtatt finde, wenn ſie gleich erbſchaftliche Sachen deſſelben verſtorbenen Teſtirers beſitzen, weil gegen ſie wegen dieſes Vermächtniſſes die actio personalis ex testamento nicht angeſtellt werden könne. In dieſe weitere Erklärung der mehrgedachten Worte ſtimme auch **Voet** [88]) ein, wenn er ſagt: *Si unus ex pluribus heredibus solus integri legati praestatione oneratus sit, non aliae res intelligi debent hac hypotheca legali affectae, quam quae ad heredem gravatum a defuncto pervenerunt, non item aliae, quae caeteris gravati coheredibus quaesitae sunt. Quorum omnium ea ratio est, quod actione personali ad praestandum legatum vel fideicommissum conveniri non potest, nisi qui a testatore gravatus est, — actio vero hypothecaria, quae pro legatis ex lege competit, non ultra datur contra heredem, quam quatenus actione personali compelli posset, ad legatorum praestationem: cum Imperator de hac legali hypotheca,*

88) l. c. Tit. de legatis §. 41.

ca, pro legatis competente, definierit, IN OMNIBUS HISCE CASIBUS (quibus ſcilicet actio pro legatis datur) IN TANTUM ET HYPOTHECARIA UNUMQUEMQUE CONVENIRI, IN QUANTUM PERSONALIS ACTIO ADVERSUS EUM COMPETIT. *L. 1. in fin. Cod. Communia de legat. Sicut ergo perſonalis actio competere non potuit in caſibus ſuperioribus adverſus heredes, qui non ſunt gravati, aut quatenus non ſunt gravati, — — quippe nunquam nata, —— ita nec hypothecaria actio, pari paſſu ambulans cum perſonali, legatario adverſus tales permittenda fuit.* Endlich habe 3) der Kaiſer in den öfters angeführten Worten ſeiner Conſtitution auch andeuten wollen, daß die geſetzliche Hypothek, und die daraus herfließende hypothekariſche Klage nicht gegen diejenigen beſchwerten Miterben und Collegatarien ausgedehnt werden möchte, die ſchon vor Anſtellung dieſer Klage aus eigener Bewegung und freywillig ihrer Seits dem Willen des Teſtirers Folge geleiſtet, und durch Bezahlung ihres Antheils an dem Vermächtniß die auf ſie gekommenen erbſchaftlichen Sachen noch vor erhobener Klage von der Laſt der geſetzlichen Hypothek befreiet haben, ſondern nur derjenige Miterbe allein oder Collegatar, welcher ſeiner Seits dem aufgelegten Vermächtniß noch kein Genüge geleiſtet hat, und daher mit der actio perſonalis ex teſtamento belangt werden kann, auch nur allein mit der actio hypothecaria ſolle belangt werden können.

Es werden nun aber für die Richtigkeit dieſer Auslegung der mehrgedachten Worte der *L. 1. Cod. Comm. de legatis* noch folgende Gründe angeführt. a) Die Worte eines neuen und abändernden Geſetzes müſſen nach

den Regeln der Hermeneutik immer ſo erklärt werden, daß man ſo wenig als möglich, von der Regel des gemeinen Rechts, und alſo auch von der regelmäßigen Natur der Klagen abweicht [89]). Die einſchränkende Erklärung eines neuen abändernden Geſetzes erlaubt alſo nicht, ein beſonderes Recht, welches von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, im Zweifel anzunehmen [90]). Nun beſtehe bekanntermaßen die Natur und das Weſen der hypothekariſchen Klage darin, daß ſie der Pfandgläubiger gegen den Beſitzer der verpfändeten Sache auf Herausgabe des Pfandes anſtellt, um ſich wegen ſeiner ganzen Forderung völlig daraus zu befriedigen. Daher ſey die Pfandrechtsklage untheilbar [91]), der Beklagte müſſe entweder die ganze Schuld bezahlen, oder das ganze Pfand abtreten [92]). Es müſſen alſo entweder jene Worte der L. 1. Cod. vermöge welcher die hypothekariſche Klage gegen den Erben und Legatar nur in ſo weit ſtatt haben ſoll, als die perſönliche Klage gegen ſie anwendbar iſt, einen andern, als den ihnen gewöhnlich untergeſchobenen Sinn haben, und mithin auf die oben angegebene dreyfache Art zu erklären ſeyn, oder man würde bey der Erklärung dieſer Worte, gegen alle Rechtsanalogie, von dem idealen und weſentlichen Begriffe der hypothekariſchen Klage abweichen; und ſo würde es denn geſchehen, daß der Kaiſer, welcher den Legatarien und Fideicommiſſarien, mit Aufhebung der Weitläuftigkeiten der alten

89) Arg. *L. 43. pr. D. de vulg. et pup. ſubſtit. Cap. 8. X. in fin. de privileg.*

90) *L. 14. D. de Legibus.*

91) *L. 65. D. de eviction.*

92) *L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth.*

alten Miſſion in die Erbgüter, und durch Abänderung des ältern Rechts die hypothekariſche Klage ertheilen wollte, genau erwogen, dieſelbe gar nicht ertheilt hätte; ja er würde, ganz ſeiner Abſicht zuwider, die Lage derſelben mehr verſchlimmert, als verbeſſert haben. Offenbar würden auf das neu eingeführte Pfandrecht der Legatarien und Fideicommiſſarien die Worte des römiſchen Juriſten **Marcian** paſſen, welcher *L. 16. §. 3. in ſin. D. de pignor. et hypoth.* ſagt: *Nam si tanti solum condemnatus esset, quantum pro sua parte deberetur, quid prodesset in rem actio, cum et in personam agendo*, beſonders wenn ſich der Legatar der Rechtswohlthat der Separation bedient, *idem consequeretur?* Man könnte ſich aber b) von der Richtigkeit der obigen Erklärung, und der Unrichtigkeit der gemeinen Meinung von der Theilbarkeit der hypothekariſchen Klage der Legatarien und Fideicommiſſarien gegen mehrere Miterben und Collegatarien noch mehr dadurch überzeugen, wenn man erwägt, daß ſelbſt nach der Meinung der Diſſentienten die hypothekariſche Klage ihre untheilbare Eigenſchaft in dem Falle behaupte, da eine dem geſetzlichen Pfandrechte unterworfene erbſchaftliche Sache von einem der Miterben, auf welchen das Eigenthum und Beſitz bey der Theilung der Erbſchaft gekommen war, an einen Dritten veräuſſert worden, und nun die hypothekariſche Klage gegen dieſen dritten Beſitzer angeſtellet wird. Denn daß in dieſem Falle die Natur der hypothekariſchen Klage von **Juſtinian** nicht abgeändert worden ſey, behauptet ſelbſt **Voet**[93]). Nun ſey gar kein hinreichender Grund dieſes Unterſchiedes abzuſehen.

Denn

93) Lib. XXX. sqq. Tit. un. de legatis. §. 42.

Denn iſt es wahr, was von Niemanden widerſprochen wird, daß die von einem der Miterben veräuſſerte erbſchaftliche Sache blos mit derjenigen Beſchwerde, die ihr ſchon zur Zeit der Veräuſſerung aufgelegt war, und nicht mit einer gröſſeren, auf den Dritten übergeht; ſo folge nothwendig, daß dieſe hypothekariſche Klage, wenn ſie gegen den veräuſſernden Miterben ſelbſt, wegen der Theilbarkeit des Pfandrechts, ipso iure getheilt iſt, auch gegen den dritten Beſitzer, auf welchen die Sache cum sua causa übergegangen iſt, aus gleichem Grunde ipso iure getheilt ſeyn müſſe, und daher gegen ihn nur nach dem Verhältniß des Erbtheils des Veräuſſerers angeſtellt werden könne. Dieſes wagen aber ſelbſt diejenigen, die der entgegengeſetzten gemeinen Meinung ergeben ſind, nicht zu vertheidigen, und ſo ſind ſie demnach genöthiget, bey dem ohne Geſetz ſich eingebildeten beſondern Rechte, wieder ein beſonderes Recht zu erdichten. Aber c) nach einen neuen Grund, warum man der gemeinen Meinung nicht beytreten könne, gebe ſelbſt Voet[94]) auch wider ſeinen Willen an die Hand. Er bemerkt nämlich, **Juſtinian** habe in der *L. 1. Cod. Commun. de legatis* das geſetzliche Pfandrecht darum eingeführt, damit die Legatarien, ohne die Weitläuftigkeiten der alten missio in rem, aber doch auf gleiche Weiſe, wie durch jene alte missio in rem, geſichert ſeyn könnten. Das geſetzliche Pfandrecht ſey alſo an die Stelle der alten missio in rem getreten. Nun aber habe ja derjenige, welcher die missio in possesionem legatorum nomine erhalten, an den erbſchaftlichen

94) L. c. Tit. de legatis §. 42.

chen Sachen, in welche er eingewieſen worden, ein vollkommenes prätoriſches Pfandrecht erlangt [95]), ſo daß der Richter auf Andringen des Eingewieſenen dafür habe ſorgen müſſen, daß ihm das ganze Legat mit allen Früchten und Unkoſten entrichtet werden mußte [96]). Es war auch der Legatar, der durch die erhaltene Miſſion an mehreren Sachen ein Pfandrecht erlangt hatte, nicht ſchuldig eine derſelben freyzugeben, wenn ihm nicht die ganze Schuld bezahlt worden war [97]). Auf eben die Art verfolge dann alſo auch jetzt nach *L. 1. Cod. Comm. de legat.* der Legatar das geſetzliche Pfandrecht, welches **Juſtinian** ſtatt der alten missio in rem eingeführt hat, und mit derſelben in Abſicht auf die Wirkung gleichen Schritt hält. Habe er alſo einmal gegen einen der beſchwerten Miterben, welcher die von dem allgemeinen Pfandrecht zum Gegenſtand gewählte Sache beſitzt, die hypothekariſche Klage angeſtellt, ſo könne der Kläger ſein Pfandrecht an dieſer ganzen Sache verfolgen, und brauche ſie nicht eher frey zu geben, als bis er das ganze Vermächtniß erhalten. Er ſey alſo nicht ſchuldig, ſich mit einer bloß erbtheilweiſe geſchehenen Zahlung zu begnügen. Endlich d) ſage **Juſtinian** in der angeführten *L. 1. Cod.* ausdrücklich, er habe um ſo weniger Bedenken, vielmehr ſich um ſo mehr bewogen gefunden, ein ſtillſchweigendes Pfandrecht durch ſein Geſetz einzuführen, und den Legatarien und Fideicommiſſarien die hypothekariſche Klage gegen den beſchwerten Erben und Legatar, mithin auch gegen mehrere beſchwerte Mit-

95) *L. 3. Cod. Ut in possess. legator.*

96) *L. 5. Cod. eodem.*

97) *L. 19. D. de pignorib. et hypoth.*

Miterben und Collegatarien zu ertheilen, weil es auch ſchon nach dem ältern Recht dem Teſtirer erlaubt geweſen wäre, in ſeinem Teſtament eine Hypothek an ſeinen Sachen zu geben, wen er gewollt habe. Nach dem Beyſpiel dieſer ausdrücklichen Hypothek, welche ehemals den Legatarien und Fideicommiſſarien von dem Teſtirer ſelbſt zur Sicherheit ihrer Vermächtniſſe beſtellt worden, habe alſo der Geſetzgeber die ſtillſchweigende Hypothek eingeführt. Sey ſie aber nach jenem Muſter geformt, ſo müſſe ſie auch mit ihr von gleicher Natur und Wirkung ſeyn. Nun gebe **Vinnius** [98]) ſelbſt zu, die Eigenheit, daß die hypothekariſche Klage gegen mehrere beſchwerte Miterben ipso iure getheilt ſey, und gegen die einzelnen Beſitzer der erbſchaftlichen Sachen nur nach dem Verhältniß ihres Erbtheils angeſtellt werden könne, habe bey einem von dem Teſtator ſelbſt ausdrücklich beſtellten Pfandrechte nicht ſtatt, weil man glauben müſſe, der Teſtirer habe ſich nach dem gemeinen Recht und nach der Natur des Pfandrechts richten wollen [99]). Es könne alſo dieſes, ſo lange nicht eine in dieſem Stück von dem Geſetz geſchehene Abänderung deutlich bewieſen werden kann, auch bey der hypothekariſchen Klage nicht ſtatt finden, welche aus dem vom **Juſtinian** eingeführten ſtillſchweigenden Pfandrecht entſpringt. Um aber das Gegentheil, nämlich eine ſolche ausdrückliche Abänderung, zu beweiſen, könne man ſich keinesweges auf die oben mehrmals angeführten letztern Worte der *L.* 1. berufen. Aus dieſen Gründen werde man ſich alſo überzeugen,

98) Commentar. ad Inſtit. Lib. II. Tit. 20. de legat. §. 2. nr. 4.

99) Arg. *L. ult. Cod. de Verbor. Signif.*

zeugen, daß die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, nach welcher die hypothekariſche Klage, welche den Legatarien und Fideicommiſſarien zur Verfolgung der ihnen ſtillſchweigend verpfändeten erbſchaftlichen Sachen gegen die beſchwerten Miterben und Collegatarien zuſteht, unter mehreren Miterben und Collegatarien, von denen noch Niemand durch Auszahlung des Vermächtniſſes den Willen des Teſtirers Folge geleiſtet hat, ipso iure getheilt ſeyn ſoll, weder mit dem ganzen Zuſammenhange des Geſetzes ſelbſt, noch mit der Rechtsanalogie zu vereinigen ſey, ob man gleich zugeben müſſe, daß dieſe Klage nach den Schlußworten der *L. 1. Cod. Communia de legatis* gegen einen jeden der beſchwerten Erben und Legatarien nur in ſo weit Statt finde, als der Legatar mit der actio personalis ex testamento gegen ihn klagen kann, ſo daß weder gegen andere Erben und Legatarien, die mit der Auszahlung dieſes Vermächtniſſes gar nicht beſchwert worden ſind, noch gegen diejenigen, welche zwar damit beſchwert ſind, aber ſchon vor erhobener Pfandklage die ihnen zugefallenen erbſchaftlichen Sachen durch Bezahlung ihres Antheils von der Pfandbeſchwerde befreiet haben, noch wegen der eigenen Sachen des Erben geklagt werden könne.

Soweit Beker. Und auch deſſen Gründe blieben unbeachtet, ſo tiefe Wurzeln hatte die gemeine Meinung geſchlagen, daß man, durch den Irrwahn verblendet, auch das helle Licht der Wahrheit nicht erkannte. Es wurden unterdeſſen Syſtème über Syſteme geſchrieben, und in allen ohne Ausnahme blieb die gemeine Meinung herrſchend. So mußte alſo wieder über ein halbes Jahrhundert verfließen, bis abermals im Jahre 1816 ein

achtungs-

achtungswerther Rechtsgelehrter aufſtand, und ſich kraftvoll gegen die gemeine Meinung äuſſerte. Es iſt der Königl. Wirtembergiſche Staats-Miniſter Freyherr von Ende, welcher in ſeinen vermiſchten juriſtiſchen Ausführungen, (Hannover 1816. 4.) Nr. VII. unter dem Titel: Können Legatarien und fideicommiſſariſche Erben mittelſt der Pfandklage einzelne Haupterben in solidum belangen? zum Theil aus neuen Gründen den gemeinen Irrthum zu bekämpfen verſuchte. Er entwickelt, wie Beker, deſſen Schrift er aber, wie er ſagt, aller angewandten Mühe ungeachtet, nicht hat bekommen können, den Sinn jener ſtreitigen Schlußworte der mehrgedachten *L. 1. Cod. Comm. de legat.* aus dem ganzen Zuſammenhange der Verordnung; denn dieſer ſpreche offenbar gegen die gemeine Meinung. Im Eingange gebe Juſtinian die Beweggründe ſeiner neuen Verfügung an. Die Legatarien und fideicommiſſariſchen Erben, (von fideicommiſſariſchen Erben iſt in dem Geſetz nicht die Rede, ſondern von Fideicommiſſarien, die er den Legatarien gleichſtellen wollte, das ſind, wie ſchon oben erinnert worden, ſolche, welchen Singulär-Fideicommiſſe hinterlaſſen worden ſind) ſage der Kaiſer, hätten bisher nur gewöhnlich eine perſönliche Klage gehabt, und die Vindication, ſo wie die missio in rem, wären mit unvermeidlichen und verdrießlichen Schwierigkeiten verbunden geweſen. Um deßwillen ſollte hinführo die missio in rem zwar gänzlich aufhören, den Fideicommiſſarien aber, auſſer der perſönlichen das iſt, der Teſtamentsklage, noch eine dingliche Klage, nämlich die Vindication zuſtehen. *Eis liceat* — ſind die Worte des Kaiſers — *easdem res* — *vindicare in*

rem actione instituenda. Die in dieſen Worten enthaltene Verfügung eigne alſo den Fideicommiſſarien, gleich den Legatarien, eine doppelte Klage zu, nämlich theils die ihnen ſchon zuſtehende perſönliche oder Teſtamentsklage, die ſie jedoch bey mehreren Miterben, gegen jeden einzelnen, nur nach dem Verhältniß ſeines empfangenen Erbtheils anſtellen konnten [100]), theils die Vindicationsklage. Letztere konnte aber auch nur gegen den Beſitzer des Vermächtniſſes oder Fideicommiſſes angeſtellt werden. Juſtinian habe ihnen nun alſo noch eine dritte Klage ertheilt, wie er durch das Wort *insuper* — überdem — zu erkennen gebe, nämlich die Pfandklage. Schon daraus entſpringe die natürliche Vermuthung, daß das neue Rechtsmittel einen größern Umfang haben ſolle. Denn was bedürfte es ſonſt einer neuen Beſtimmung? Die Verleihung der Pfandklage wäre ganz überflüßig, wenn ſie, ihrer durch deutliche Geſetze beſtimmten Beſchaffenheit gerade zuwider, theilbar ſeyn, und nur nach dem Erbſchaftsverhältniſſe Statt finden ſollte. Dieſe Vortheile und Vorrechte gewährte ſchon die vorhin beſtandene Vindicationsklage, (eigentlich die perſönliche Teſtamentsklage, die Vindicationsklage hatte nur gegen den Beſitzer des Vermächtniſſes ſtatt) [1]). Schon dieſe Anſicht ſpreche für die Untheilbarkeit der Pfandklage, wenn man anders nicht dem Kaiſer eine ganz überflüſſige, und nichts bedeutende Ver-

100) *L.* 33. *pr. D. de legat. II. L.* 17. *D. de duobus reis constituendis.*

1) *L.* 25. *D. de obligat. et act. Th.* MARTIN Diss. lancem saturam discriminum inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obtinentium sistens. §. 23. et 25.

Verfügung Schuld geben wolle. Aber auch noch andere Gründe unterſtützten dieſe Meinung. Juſtinian rede immer ohne Unterſchied und Einſchränkung von einer hypotheca rerum defuncti. Dieſer Ausdruck bezeichne, wenn man die Analogie der Rechte zu Hülfe nimmt, nie einen beſtimmten Theil der Erbſchaft, ſondern alle und jede Sachen des Erblaſſers [2]). Es ſey nun aber gar kein Grund vorhanden, warum gerade in dem gegenwärtigen Falle der Ausdruck res defuncti nicht in dieſer Ausdehnung ſollte gebraucht worden ſeyn. Iſt aber das Pfandrecht allgemein, ſo hafte die ganze Erbſchaft, und es ſtehe dem fideicommiſſariſchen Erben (ſoll wohl heißen den Legatarien und Fideicommiſſarien) ſo wie jedem andern allgemeinen Pfandgläubiger, die Wahl der Gegenſtände zu ſeiner Befriedigung frey, mithin auch der Sachen, die etwa ein einzelner Erbe beſitzt. Eine fernere Beſtätigung dieſes Satzes enthielten auch die Worte: *increbuit iure — licere testatori hypothecam rerum in testamento dare, et novellae constitutiones in multis casibus tacitas hypothecas introduxerunt.* Niemand werde es läugnen, daß dieſe beyden von Juſtinian erwähnten Gattungen von Unterpfändern allgemein ſeyen. Wenn er alſo ſeine neue Hypothek mit ihnen in eine Klaſſe ſtellt, und ſie nach jenen Muſtern formt, ſo gebe er zu erkennen, daß ſie mit ihnen von gleicher Natur, mithin ebenfalls allgemein ſeyn ſolle. Unter dieſen Vorausſetzungen verſchwinde der Anſchein, den die Worte: —— *in quantum personalis actio competit* — erwecken. Sie müſſen alſo nothwendig einen andern Sinn haben, als ihnen

2) *L. ult. Cod. Quae res pignori.*

ihnen die Ausleger unterſchieben, oder Juſtinian ſtehe mit ſich ſelbſt und mit ſeinen übrigen Aeuſſerungen im geraden Widerſpruche. Dieß ſey aber nicht der Fall. Man dürfe nur auf den nächſtvorhergehenden Perioden einen Blick werfen, um die wahre Abſicht des Kaiſers zu errathen. Er hatte feſtgeſetzt: die neue Klage der Legatarien und Fideicommiſſarien ſollte in allen Fällen Statt finden, wo die Leiſtung des Vermächtniſſes oder Fideicommiſſes einer Perſon den Rechten nach auferlegt werden dürfte. —— Um dieſe Fälle genauer zu bezeichnen, und jedem Mißverſtande einer weitern Ausdehnung vorzubeugen, füge er die Einſchränkung hinzu: die Pfandklage ſollte nur ſo, wie die perſönliche Klage, Statt finden, das iſt, inſofern Jemand überhaupt mit der Teſtamentsklage belangt werden kann; oder um es noch deutlicher auszudrücken: nur wenn das mit dem geſetzlichen Unterpfande beſchwerte Vermögen durch des Erblaſſers Beſtimmung (ex iudicio defuncti) dem Erben zugefallen, und er folglich zur Leiſtung des Vermächtniſſes oder Fideicommiſſes verbunden ſey. Juſtinian ſey alſo weit entfernt, durch dieſe Erläuterung die Theilbarkeit der Pfandklage beſtimmen zu wollen, und ſelbſt die gleich darauf folgende, durch das Bindewort et zuſammenhängende Periode: *et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eam pervenerint* —— gebe dieſes deutlich zu erkennen. Hier rede er ohne Einſchränkung von den auf den Erben gekommenen Sachen des Erblaſſers — und unterwerfe ſie der Hypothek. War dieſes möglich, wenn ſie nur nach dem Verhältniß des Erbtheils haften ſollten? Immer

reiche es aber hin, um die gemeine Meinung zu bekämpfen, daß Juſtinian den Legatarien und Fideicommiſſarien ein Unterpfand verliehen, und daben keine deutliche Ausnahme in Abſicht ſeines Umfangs gemacht habe. Denn, ſo lange es hieran mangelt, müſſe man auch dieſe Hypothek nach den Grundſätzen beurtheilen, die ſonſt allgemein beym Unterpfande und der Pfandklage gelten. Dieſe beſtimmen aber ganz deutlich die Untheilbarkeit der Pfandklage [3]).

Prüft man die Gründe dieſer beyden Rechtsgelehrten unbefangen, ſo iſt dadurch, wie ich glaube, die gemeine Meinung, als ein gemeiner Irrthum, in ihrer ganzen Blöße dargeſtellt; und ich hoffe, man wird es künftig nicht mehr blos bey Anführung dieſer Schriften mit einem bloßen dissentiunt, bewenden laſſen, ſondern ſich aus Liebe zur Wahrheit bewogen finden, die gemeine Meinung, als offenbar irrig, zu verwerfen. Mich haben wenigſtens dieſe Gründe vollkommen überzeugt, und ich ſage nun mit Quinctilian [4]): *Ipse me paullum in alia, quam prius habuerim* [5]), *opinione nunc esse conſiteor. Et fortasse tutissimum erat ſamae modo studenti, nihil ex eo mutare, quod multis annis non sensissem modo, verum etiam approbassem. Sed non sustineo esse conscius mihi dissimulanti, in eo praesertim ope-*

 re,

3) *L.* 1. *et* 2. *Cod. Si unus* ex *pluribus heredibus. L.* 16. *L.* 19. *D. de pignorib. L* 2. *Cod. de hered action.*

4) *Institut. Orator.* Lib. III. Cap. 6. pag. 254. der Burmann. Ausgabe. Lugd. Bat. 1720. 4.

5) S. den 18. Th. §. 1076. S. 174.

re, quod ad bonorum iuvenum aliquam utilitatem componimus, in ulla parte iudicii mei.

Ein allgemeines Pfandrecht räumt man auch IX. der Kirche an dem Vermögen des Emphyteuta wegen der Deteriorationen der Emphyteuſe ein [6]). Es gründet ſich daſſelbe auf die Novelle 7. Kap. 3. §. 2. wo **Juſtinian** ſagt: Si emphyteuta praedium aut suburbanum aut aedificium deterius fecerit, cogatur curam adhibere, ut de suo in priorem statum restituatur: *neque ipse solum, sed etiam heredes et successores* EIUSVE BONA *ad id* OBLIGATA *sint.* Es läßt ſich jedoch dieſes Pfandrecht nicht auf alle Emphyteuſen erſtrecken, wie ſchon an einem andern Orte [7]) bemerkt worden iſt.

§. 1089.

Pfandrecht der Kirchen auf den Gütern ihrer Adminiſtratoren.

Viele Rechtsgelehrten [8]) wollen auch den Kirchen und milden Stiftungen z. B. den Wayſenhäuſern, Hospitälern

6) Thibaut Syſtem des Pandectenrechts 2. B. §. 643. a. E. Heiſe Grundriß eines Syſtems des gemeinen Civilrechts. S. 50. Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 303. Nr. 8. Dieſes Pfandrecht beſtreitet jedoch Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht §. 198 S. 503.

7) S. den 8. Th. dieſes Commentars §. 616. S. 541.

8) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Const. 28. Def. 115. HUBER Praelect. iuris civ. Lib. XX. Tit. 2. §. 5. STRYK Us mod. Pand. h. t. §. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 89. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXVIII. medit. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1183. a. E.

pitälern u. d. ein allgemeines ſtillſchweigendes Pfandrecht an dem Vermögen ihrer Adminiſtratoren beylegen. Zwar geben alle zu, daß es mit ausdrücklichen Worten in den Geſetzen nicht gegründet ſey; allein ſie glauben, es laſſe ſich durch Interpretation daraus deduciren. Sie theilen ſich aber in Abſicht auf das Fundament ihrer Deduction in zwey Klaſſen. Die eine leitet den Grund von den Rechten des Fiskus, die andere von einer Vergleichung der Adminiſtratoren der frommen Stiftungen mit den Vormündern der Pupillen und Minderjährigen ab. Die Anhänger der erſten Parthey behaupten, die Kirchen und übrigen milden Stiftungen hätten gleiche Rechte mit dem Fiskus [9]). Allein dieſe Anſicht, welche ſich auf den alten Aberglauben gründet, als bilde die Kirche einen Staat im Staate, deren Obern die Rechte der Fürſten hätten, iſt längſt verworfen. Dann aber iſt es ja auch noch gar nicht ausgemacht, ob dem Fiskus an den Gütern ſeiner Verwalter ein geſetzliches Pfandrecht zuſteht [10]). Die Anhänger der andern Klaſſe [11]) ſuchen ihre Meinung durch die Geſetze zu begründen, in welchen die Kirchen und andere fromme Stiftungen mit Pupillen und Minderjährigen, und die Adminiſtratoren derſelben mit den Vormündern verglichen werden [12]). Allein dieſe Vergleichung bezieht ſich blos auf die Rechtswohlthat der Wieder-

9) Man ſehe die von BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. Tit. 16. §. 16. angeführten Rechtsgelehrten.

10) S. §. 1088. S. 70. ff.

11) S. CARPZOV c. l. und die Not. 8. angeführten Rechtsgelehrten.

12) *Cap. 1. X. de in integr. restit. Cap. 2. Clementinar. de religiosis domibus.*

dereinſetzung in den vorigen Stand, welche den frommen Stiftungen, wie den Pupillen und Minderjährigen, zuſteht, und auf die Pflichten, welche die Adminiſtratoren frommer Stiftungen und Vormünder mit einander gemein haben [13]. Daß aber die Kirchen und andere milde Stiftungen auch ein Pfandrecht an den Gütern ihrer Adminiſtratoren haben, ſagt ſelbſt das canoniſche Recht nicht, und ohne Geſetz läßt ſich ſolches nicht annehmen. Man fühlte wohl ſelbſt die Schwäche dieſer Gründe, und berief ſich daher auf den Gerichtsgebrauch, daß aber auch dieſer noch vielem Zweifel unterworfen ſey, iſt ebenfalls ſchon von Andern dargethan worden [14]. Noch weniger aber läßt ſich aus irgend einem Grunde behaupten, daß den Kirchen nach gemeinem Rechte wegen ihrer ausgeliehenen Gelder eine ſtillſchweigende Hypothek auf den Gütern ihrer Schuldner zuſtehe [15]; und obwohl man ihnen deshalb gewöhnlich ein perſönliches Vorzugsrecht vor anderen chirographariſchen Gläubigern einzuräumen pflegt [16], ſo iſt doch auch dieſes aus den Geſetzen nicht zu erweiſen [17].

13) S. BOEHMERI Ius eccles. Protest. Tom II. Lib III. Tit. 16. § 25. und Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht §. 194.

14) S. *Christ. Gotth.* KUPFER Diss. de eo, quod iustum est circa tacitam piarum caussarum hypothecam. *Lips.* 1813.

15) *Inst. Henn.* BOEHMER Iur. eccl. Protestant. c. l. §. 23. *Io. Balth. a* WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 195. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 158. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXXVIII. medit. 2.

16) *Christ. Gottl.* HOMMEL Diss. de iuribus ecclesiae creditricis singularibus in mutuo usurario. *Vitemb.* 1771.

17) S. BOEHMER c. l.

Lib. XX.

Lib. XX. Tit. III.

Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt.

§. 1090.

Allgemeine Regeln dieſes Titels.

Die Sicherheit, welche das Pfandrecht dem Gläubiger gewährt, äuſſert ſich beſonders in dem Veräuſſerungsrechte wirkſam, welches dem Gläubiger in dem Falle zuſteht, da der Schuldner keine Zahlung leiſtet. Hieraus beantwortet ſich nun die Frage von ſelbſt, welche in dieſem Titel zu erörtern iſt. Es ſind hier zwey Regeln zu bemerken.

I. Sachen, welche nicht veräußert werden können, können auch nicht Gegenſtand des Pfandrechts ſeyn. Ob ſie gerade der Gläubiger für ſeine Perſon kaufen kann oder nicht, darauf kommt nichts an. Iſt eine Sache nur ſonſt veräußerlich, ſo kann ſie doch dem Gläubiger verpfändet werden, wenn er ſie auch ſelbſt nicht kaufen kann. So lehrt **Modeſtin**, wenn er *L. 24. D. de pignorib.* ſagt: In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur. Zwar ſcheint **Marcian** entgegen zu ſeyn, wenn er *L. 1. §. 2. D. h. t.* den Grundſatz aufſtellt: Eam rem, quam quis emere non poteſt, quia commercium eius non eſt, iure pignoris accipere non poteſt, ut D. PIUS Claudio Saturnino

turnino reſcripſit. Allein das gleich nachher angeführte Beyſpiel von einem praedium litigioſum lehrt, daß hier von einer Sache die Rede ſey, welche nicht veräußert werden kann [18]).

II. Was die Geſetze bey der Veräußerung zu deren Gültigkeit erfordern, muß auch bey der Verpfändung beobachtet werden, wenn ſie gelten ſoll. Jedoch iſt dieſes nur von ausdrücklichen Verpfändungen zu verſtehen. Denn bey ſtillſchweigenden Hypotheken ergänzt ſchon das Geſetz den Mangel aller ſonſt erforderlichen Feyerlichkeit [19]).

§. 1091.

Beyſpiele zur erſten Regel.

Zu Folge der erſten Regel können alſo nicht verpfändet werden 1) Sachen, die dem menſchlichen Verkehr nicht unterworfen ſind [20]). Die römiſchen Geſetze rechnen dahin res divini iuris, alle zum Gottesdienſt geweihete Sachen. Noch in einer Verordnung des Kaiſers **Juſtinian** *L. 21. Cod. de Sacroſanctis Eccleſiis* heißt es: Sancimus, nemini licere, ſacratiſſima atque arcana vaſa, vel veſtes, caeteraque donaria, quae ad divinam religionem neceſſaria ſunt, (cum etiam veteres leges ea, quae *iuris divini* ſunt, humanis nexibus non illigari ſanxerint) vel ad venditionem, vel *hypothecam*, vel *pignus* trahere: ſed ab his, qui haec ſuſcipere auſi fuerint, modis omnibus vindi-

18) S. *Pet.* FABRI Semeſtrium Lib. II. Cap. 17.

19) Meißners Lehre vom ſtillſchw. Pfandrechte. §. 31 — 33.

20) *L. 1. §. 2 D. h. t.* S. *Io. God.* MÜLLER Hiſtor. iur. civ. de pignoribus (*Lipſiae* 1814.) Specim. I. §. 9.

vindicari tam per religiosissimos Episcopos, quam per Oeconomos, nec non et sacrorum vasorum custodes: nulla eis actione relinquenda, vel super recipiendo pretio, vel foenore exigendo, pro quo res pignoratae sunt; sed omnibus huiusmodi actionibus respuendis, ad restitutionem eorum omnibus modis coarctari. Ein Gleiches gilt auch von rebus religiosis, den Grabſtätten, wie aus folgenden Verordnungen des Kaiſers Antoninus Caracalla erhellet.

L. 2. *Cod. de religiosis.* Invito, vel ignorante te ab alio illatum corpus in puram possessionem tuam, vel lapidem, locum religiosum facere non potest. Sin autem voluntate tua mortuum aliquis in locum tuum intulerit, religiosus iste efficitur: quo facto, monumentum neque venire, neque *obligari* a quocunque prohibente iuris religione posse, in dubium non venit.

L. 3. *Cod. Quae res pignori obligari poss.* Si monumento corpus filiae tuae intulisti, religiosum id fecisti: quo facto obligari a quopiam, prohibente iuris religione, non posse, in dubium non venit.

Nach dem heutigen Kirchenrechte, beſonders der Proteſtanten, ſind weder res sacrae noch religiosae ſchlechterdings dem Commerz entzogen. Sie können in gewiſſen Fällen verkauft, und alſo auch verpfändet werden [21]).

Juſti=

21) S. BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. Tit. 13. §. 29 sqq. und vergleiche damit den 2. Th. dieſes Commentars. §. 167. auch Weſtphals Pfandrecht §. 127. Not. 151.

Juſtinian erlaubt ſelbſt in der oben angeführten Conſtitution, *L.* 21. *Cod. de Sacros. Eccles.* die Verpfändung der zum Gottesdienſt geweiheten Sachen, wenn ſie geſchähe, um Chriſten aus der Gefangenſchaft der Barbaren zu befreien, und loßzukaufen [22]. In der Nov. 120. Kap. 10. wird auch noch der Fall ausgenommen, wenn dringende Schulden der Kirche eine Verpfändung nöthig machen; denn in dieſem Falle iſt auch die Veräuſſerung der rerum sacrarum erlaubt.

Namentlich iſt jedoch die Verpfändung der Kinder dem Vater verboten. Sie wird nicht nur für ungültig erklärt, ſondern es werden auch dem Gläubiger, welcher wiſſentlich ein ſolches Pfand annimmt, empfindliche Strafen angedrohet. Daß nur Sachen, die man in ſeinem Vermögen hat, aber nicht Kinder, noch andere freye Menſchen, ein Gegenſtand des Pfandrechts ſeyn können, lehren uns zwey Verordnungen der Kaiſer Diocletian und Maximian.

L. 1. *Cod. de patribus, qui ſilios suos distraxerunt.* Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque *pignoris iure*, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis

22) Wenn es *L.* 21. *cit.* heißt: excepta videlicet causa captivitatis [et famis] ſo ſcheinen die letzteren Worte, welche hier mit Hacken eingeſchloſſen ſind, nicht ächt zu ſeyn. Denn weder Juſtinian hat ſie §. 8. *I. de Rer. divis.* wo er ſich auf dieſe Conſtitution beruft, noch Theophilus in der griechiſchen Paraphraſe der Inſtitutionen. Charondas bemerkt auch in ſeiner Ausgabe des Codex, daß die bemerkten Worte in mehreren alten Handſchriften fehlen. In der Ausgabe des Haloanders ſtehen ſie ebenfalls nicht.

pientis in alium transferri posse, manifestissimi iuris est.

L. 6. Cod. Quae res pignori. Qui filios vestros vel liberos homines, pro pecunia, quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione se iuris circumvenit: cum sit manifestum, obligationem pignoris non consistere, nisi in his, quae quis de bonis suis facit obnoxia.

Die Strafe, welche den Gläubiger traf, war zu Paulus Zeiten die Deportation, wie aus deſſelben *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 1. §. 1. erhellet, wo es heißt: Iidem sc. filii nec pignori ab his, aut fiduciae dari possunt. *Ex quo ſacto sciens creditor deportatur* [23]. Es muß aber nachher dieſe Strafe gemildert worden ſeyn [24]). Denn in der *L. ult. D. h. t.* welche aus Paulus *Sentent. receptis* genommen iſt, iſt nur von einer Relegation die Rede. Hier lautet die Stelle nach Tribonians Interpolation ſo: Creditor, qui sciens filiumfamilias a parentibus pignori accepit, relegatur [25]). Strenger noch wollte nachher Juſtinian in der

23) Dieſe Stelle aus Paulus ward auch in das *Edictum Theodorici Regis* aufgenommen, wo ſie Cap. 95. ſo lautet: Nec pro pignore filii a parentibus alicui dari possunt: et si sciens creditor ingenuos pro pignore a parentibus susceperit, in exilium dirigetur. S. *Goth Frid.* RHON Comment. ad Edictum Theodorici Regis Ostrogothorum. *Halae* 1816. p. 32.

24) S. Weſtphals Pfandrecht §. 119. Not. 142. und MÜLLER Histor. iur. civ. de pignorib. §. 9. p. 48.

25) Paulus hatte jedoch den Fall der extremae necessitatis et alimentorum gratia ausgenommen. S. CUJACIUS ad *Paulum* in SCHULTINGII Jurisprud. Antejust. pag. 430.

der Nov. 134. Kap. 7. den Gläubiger beſtraft wiſſen. Er verordnete nämlich, ut non solum debito excidat, sed et in eandem quantitatem condamnetur, quae ei, qui ab eo detinetur, vel parentibus eius detur, et postea etiam corporalibus poenis a Magistratibus loci subjiciatur, quia liberam personam pro debito detinere ausus fuit.

2) Sachen, über deren Eigenthum ein Prozeß geführt wird. — Res litigiosae. — Hierher gehört *fr.* 1. §. 2. *D. h. t.* wo **Marcian** die Frage aufwirft: Quid si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? Et OCTAVENUS putabat, etiam in pignoribus locum habere exceptionem. Quod ait SCAEVOLA libro 3. variarum Quaestionum procedere, ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat. **Octavenus**, welchen **Bach**[26]) für einen Zeitgenoſſen des Kaiſers **Veſpaſian** hält, war der Meinung, es ſey kein Unterſchied zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Die exceptio litigiosi habe daher nicht nur Statt, wenn ein Grundſtück während des Prozeſſes verpfändet worden, ſondern auch wenn eine bewegliche Sache zum Pfande gegeben worden ſey. **Platner**[27]) bemerkt hierbey, **Octoven** ſcheine auf den Unterſchied der Alten zwiſchen Hypothek und *pignus* Rückſicht genommen zu haben, nach welchem man annahm, daß die Hypothek bey unbeweglichen, pignus aber bey beweglichen Sachen Statt finde. Es ſey alſo auch kein Unterſchied, ob der Beſitz der ſtrei-

26) Histor. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. VI. §. 24.

27) Ad Marcianum de formula hypothecaria. Exercit. I. *Lipsiae* 1759. pag. 30.

ſtreitigen Sache auf den Gläubiger übertragen worden ſey, oder nicht. Die exceptio litigioſi ſinde in beyden Fällen Statt. Ob Scävola ihm beygeſtimmt, oder nicht vielmehr die Meinung Octavens dahin eingeſchränkt habe, daß die exceptio litigioſi bey Verpfändungen nur dann Statt habe, wenn die ſtreitigen Sachen bewegliche ſind, darüber ſind die Ausleger nicht einig. **Weſtphal**[28]) behauptet mit **Bachov**[29]) das Letztere, und ſetzt den Grund dieſes Unterſchiedes darin, weil bey der Hypothek für den Gegentheil kein ſolcher Schade zu beſorgen ſey, wie bey einem Fauſtpfande, wo der Beſitz auf den Gläubiger übergeht. Verliehrt der Verpfänder den Proceß, und der Gläubiger will die Hypothek verfolgen, ſo könne ihm der Gegner nach **Ulpians** Meinung die exceptio rei iudicatae entgegenſetzen[30]). Für dieſe Erklärung ſcheint auch die Auctorität der **Baſiliken**[31]) zu ſtreiten, wo unſere Pandectenſtelle im Griechiſchen ſo lautet: Τὸ κινητὸν ἐπίδικον πρᾶγμα ἐὰν ὑποτεθῇ, χώρα τῇ τοῦ ἐπιδίκου πράγματος παραγραφῇ. i. e. *Si res mobilis litigioſa pignori data ſit, locus eſt exceptioni rei litigioſae.* Allein **Gmelin**[32]) verwirft dieſe Erklärung. Er behauptet, **Scävola** habe die Meinung des **Octavenus** nicht einſchränken, ſondern vielmehr auf bewegliche Sachen ausdehnen

28) Pfandrecht §. 117. Not. 140.

29) Tr. de pignoribus Lib. II. cap. 13. nr. 3.

30) *L. 11. §. ult. D. de except. rei iudicatae.*

31) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 4. Conſt. 1. §. 3. pag. 53.

32) Comment. iuris civ. de iure pignoris et hypothecae, quod creditori debitor in re ſibi non propria conſtituit. §. 35. pag. 118. ſq.

dehnen wollen. Denn es laſſe ſich kein hinlänglicher Grund angeben, warum es bey einer unbeweglichen Sache anders, als bey einer beweglichen ſeyn ſolle. Auch **Platner**[33]) behauptet, **Marcian** habe der Meinung des **Octavenus** noch **Scävola's** Auctorität beygefügt. Es läßt ſich auch wirklich aus dem Geſetz nicht erſehen, daß die Meinung des **Octavenus** ſey verworfen worden. Der Zweifel verſchwindet aber noch mehr, wenn man mit **Haloander** ſtatt: ut in rebus mobilibus, lieſet: ut ET in rebus mobilibus. Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo iſt ſoviel gewiß, daß in der neuern Verordnung des Kaiſers **Juſtinian** *L. ult. VIII. 37 Cod. de litigioſis* zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Sachen kein Unterſchied gemacht wird. Es beruhet daher auf einem offenbaren Mißverſtande der Geſetze, wenn **Lauterbach**[34]) ſchreibt: Alienari et hypothecari prohibentur *res litigioſae immobiles*.

3) Fideicommiſſe, deren Veräuſſerung der Teſtirer verboten, dürfen auch nicht verpfändet werden[35]). Auch nicht

4) Real-Servituten ohne das Grundſtück, dem ſie zuſtehen. Denn dieſe ſind Eigenſchaften des Grundſtücks; es ſind Rechte, welche dem Grundſtück, zu deſſen Nutzen ſie, nach deſſelben beſondern Beſtimmung und Beſchaffenheit, beſtellt worden ſind, dergeſtalt ankleben, daß ſie davon

33) Cit. Exerc. I. ad Marcianum. pag. 30. in fin.

34) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

35) *L. 3. §. 3. Cod. Commun. de legat. L. 7. Cod. de reb. alien. non alienandis.*

von auf keine Weiſe getrennt, und einem Andern überlaſſen werden können [36]). Marcian ſpricht zwar nur von Servitutibus urbanis, wenn er *L.* 11. §. 3. *D. de pignorib. et hypothecis* ſagt: Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint. Daher behaupten Cujaz [37]), Cocceji [38]) und Gmelin [39]), bey Servitutibus rusticis finde eine Verpfändung ſtatt. Dieſes lehre auch Paulus in der gleich nachher folgenden *L.* 12. *D. eodem*, wo es heißt: Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse POMPONIUS ait, ut talis pactio fiat, *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur;* scilicet si vicinum fundum habeat: et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Der Grund dieſes Unterſchieds wird darin geſetzt, weil eine Servitus urbana ihrer Natur nach ſo beſchaffen ſey, daß ein Anderer, der nicht der dominus praedii dominantis iſt, entweder gar keinen Gebrauch davon machen kann, oder ſie nicht ohne großen Nachtheil des Eigen-

36) *L.* 12. *D. Quemadm. servitut. amitt. L.* 86. *D. de Verbor. Significat. L.* 33. §. 1. *et L.* 34. *D. de Servitut. praedior. rusticor. Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 32.

37) Observation. Lib. XV. cap. 6.

38) Iur. civ. controverso h. t. Qu. 3.

39) Commentat. cit. de iure pignoris vel hypothecae etc. §. 59. pag. 214. sqq. et §. 60.

Eigenthümers des dienenden Gebäudes würde ausüben können, welches ſich hingegen bey den Servitutibus praediorum rusticorum ganz anders verhalte. Denn da dieſelben auch einem Dritten nützlich ſeyn können, ſo könnten ſie auch einem Dritten pfandweiſe auf eine ſolche Art eingeräumt werden, daß ſie der Gläubiger ſo lange ausüben könne, bis die Schuld bezahlt iſt, wodurch das Recht der Servitut ſelbſt von dem dienſtberechtigten Grundſtück nicht getrennt werde. Allein daß in der angeführten Geſetzſtelle nicht von der Verpfändung einer ſchon conſtituirten Prädialſervitut die Rede ſeyn könne, ergiebt ſich ſchon daraus, weil eine ſolche Servitut ſich blos auf die Bedürfniſſe des dienſtberechtigten Grundſtücks beſchränkt, und nicht weiter ausgeübt werden kann, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit, wie Ulpian *L.* 5. §. 1. *D. de Servitut. praedior. rusticor.* ſagt Es liegt alſo ſchon in der Natur derſelben, daß ſie von einem andern Gute als dem praedio dominante, nicht ausgeübt werden kann [40]). Daher können auch ſolche Servituten nicht ohne das Grundſtück, dem ſie zuſtehen, verpachtet werden [41]). Wie könnte alſo eine Verpfändung derſelben Statt finden? Es würde ja, da die Bedürfniſſe des benachbarten Grundſtücks, welches dem Gläubiger gehört, von ganz anderer Art ſeyn können, als die des Grundſtücks des Schuldners, dem die Servitut zuſteht, eine ſolche Verpfändung zum offenbaren Nachtheil des dienſtpflichtigen Grundſtücks gereichen. Die *L.* 12. *D. de pignorib.* kann

40) *L.* 24. *D. de Servit. praed. rusticor.* S. den 10. Th. dieſes Commentars §. 664.

41) *L.* 44. *D. Locati.*

kann demnach wohl anders nicht, als von einer pfandweiſe auf einem Grundſtück des Schuldners dem Gläubiger erſt zu beſtellenden Servitut verſtanden werden, welche er zum Nutzen ſeines Grundſtücks ſo lange ausüben ſoll, bis die Schuld bezahlt ſeyn wird [42]). Nach der Strenge des Rechts konnte zwar eine Realſervitut eigentlich nicht blos auf eine gewiſſe Zeit conſtituirt werden; allein man ließ dieſe Anomalie propter utilitatem contrahentium zu, wie **Paulus** ſagt. Daß eine ſolche Servitut, wenn die Schuld nicht zur beſtimmten Zeit bezahlt wird, auch einem andern Nachbar verkauft werden kann, liegt in der Intention der Contrahenten, weil dieſes der Zweck des Pfandrechts mit ſich bringt. Es läßt ſich alſo daraus, daß in der vorhergehenden Stelle blos der Servitutum urbanarum Erwähnung geſchieht, nicht ſchließen, daß eine Verpfändung bey ſchon beſtellten Servitutibus praediorum rusticorum Statt finde [43]). Daß übrigens unter der Verpfändung eines Grundſtücks auch die demſelben zuſtehenden Servituten mit begriffen ſind, iſt den Geſetzen allerdings gemäß [44]).

5) Fremde

42) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 863. S. 25. f.

43) S. *Franc.* DUARENUS Disputation. anniversariar. Lib. II. cap. 13. *Franc.* BALDUINUS Tr. de pignorib. et hypoth. Cap. 12. pag. 63. Verb. *Ex hoc Martiani* etc. *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 6. et 7. *Greg.* MAJANSIUS Disputation. iuris civ. Tom. I. Disp. 4. §. 6—9. Weſtphals Pfandrecht §. 139. *Car.* BARTHOLOMAEI Diss. sist. quaestionem, an servitutes oppignorari possint? ad L. 11. §. 2. et 3. et L. 12. D. de pignor. et hyp. *Ienae* 1812. Geſterding Pfandrecht. §. 4. S. 54.

44) *L.* 16. *D. de Servitutib.*

5) Fremde Sachen können auch nicht, ohne Einwilligung des Eigenthümers, mit der Wirkung verpfändet werden, daß der dritte Beſitzer mit der hypothekariſchen Klage belangt, oder gegen den Eigenthümer ein Retentionsrecht ausgeübt werden könnte. Es finden jedoch hier mancherley Ausnahmen Statt, wovon ich ſchon an einem andern Orte [45]) ausführlicher gehandelt habe.

6) Dotalgrundſtücke der Ehefrauen können auch nicht einmal mit ihrer Einwilligung verpfändet werden [46]). Die Lex Iulia de adulteriis [47]), welche wegen dieſes Capitels

45) Th. 14. §. 863. S. 28. ff. und Th. 18. §. 1077. S. 200. ff.

46) *Pr. I. Quib. alien. licet, vel non. L. un.* §. 15. *Cod. de rei ux. act. Frid. Wilh. Henr. de* BEHMER Diss. de iure uxoris res ſuas ipſa conſentiente, a marito debitore oppignoratas repetendi, praes. *Ge. Frid.* HOLTZHAUER def. *Hal.* 1773.

47) PAULUS *Sentent. Receptar. Lib. II. Tit.* 21. *B.* §. *ult.* Lege Iulia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet. Daher handelten auch Ulpianus und Paulus in ihren Commentaren über die Lex Iulia de adulteriis vom fundus dotalis, wie aus *L.* 2. 6. 13. *et* 14. *D. de fundo dotali* erhellet. Es iſt demnach unrichtig, wenn Muretus, Manutius, und beſonders *Iac.* GOTHOFREDUS ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam. Cap. 20. und *Ian. Vinc.* GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. III. §. 86. dieſes Verbot der Lex Iulia et Papia Poppaea zuſchreiben. Man ſehe *Rud.* HOMMEL Diss. de fundo dotali, eiusque alienatione, praes. *Christ. Gottl.* BIENERO *Lipsiae* 1786. §. 2. et 3. und *Io. Guil.* HOFFMANNI lib. sing. ad Legem Iuliam de adulteriis coercendis. *Fſti. ad Viadr.* 1732. 4. Cap. VIII. §. 7. (in *Dan.* FELLENBERG *Iurisprud. antiqua* Tom. I. p. 280.) beſonders auch *Io. Gottl.* HEINECCII Commentar.

Capitels auch de fundo dotali [48]) heißt, hatte zwar dieſes Verbot nur auf die ihrer Lage nach wichtigſten Grundſtücke, die praedia in solo Italico sita, beſchränkt. Es war nämlich darin verordnet, *ne praedium dotale Italicum maritus invita uxore alienaret, vel, ea consentiente, obligaret.* Durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten ward dieſes nachher auch auf den Bräutigam ausgedehnt, wie uns Cajus lehrt in der *L.* 4. *D. de ſundo dotali*, wo er ſagt: *Lex Iulia*, quae de dotali praedio prospexit, *ne id marito liceat obligare*, *aut alienare*, plenius interpretanda est, ut etiam *de sponso* idem iuris sit, quod de marito. Und nach der Erklärung **Ulpians** *L.* 13. *pr. D. eodem* ſollte unter *dotale praedium* ein jedes Grundſtück verſtanden werden, es ſey urbanum, oder rusticum, ad omne enim *aediſicium* Lex Iulia pertinebit. War alſo das Heyrathsgut der Ehefrau ein Provinzialgrundſtück, ſo konnte der Ehemann ſolches auch ohne Einwilligung der Ehefrau ſowohl veräußern als verpfänden [49]). Ein Gleiches konnte aber auch bey dem praedium dotale Italicum Statt finden, wenn ſolches, an baaren Geldes ſtatt dem Mann

mentar. ad Legem Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 19. §. 1. pag. 324. Warum aber gerade in der Lex Iulia de adulteriis die Veräuſſerung des fundus dotalis dem Ehemann unterſagt worden, darüber giebt Hugo in dem Lehrbuch der Geſchichte des Röm. Rechts §. 268. S. 392. der 5. Aufl. nähern Aufſchluß.

48) *L.* 1. *D. de ſundo dotali.*

49) S. *Ian. a* COSTA in Commentar. ad princip. I. Quibus alienare licet. pag. 221. sq. und *Guil. Ott.* REITZ ad *Theophili* Paraphrasin graecam Tom. I. pag. 307. sq.

überlaſſen, ein freies Eigenthum deſſelben geworden war, wie der Kaiſer Alexander [50]), und die Kaiſer Diocletian und Maximian [51]) reſcribirt haben. Es mußte nur nicht der Frau die Wahl vorbehalten ſeyn, nach getrennter Ehe das Grundſtück, oder deſſen Werth zurückzufordern. Denn nun fiel nach Afrikans Meinung [52]) die Veräußerungsbefugniß weg. Juſtinian hob jedoch den Unterſchied zwiſchen einem fundus dotalis Italicus und provincialis auf, und verbot dem Ehemann jede Veräußerung ſowohl als Verpfändung eines Dotalgrundſtücks, wenn ſie auch mit Einwilligung der Frau geſchähe. Dieß geſchahe durch die *L. un. Cod. de rei uxoriae actione* vom Jahre 530. in deren §. 15. es heißt: Et cum Lex Iulia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito, non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat: interrogati sumus, si oporteat huiusmodi sanctionem non super Italicis tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere? Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi. Cum autem hypothecam ei etiam ex hac Lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, et si maritus fundum alienare voluerit. Sed et ne consensu mulieris hypothecae eius minuantur, necessarium est, et in hac parte mulieribus subvenire: hoc

50) *L. 5. Cod. de iure dot.*

51) *L. 10. Cod. eodem.*

52) *L. 11. D. de fundo dotali.* S. *Iac.* CUJACIUS Tract. VIII. ad Africanum. h. L.

hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum *hypothecae titulo dare* nec consentiente muliere maritus poſſit, *sed nec alienare:* ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam. Es kann jedoch dieſes Verbot nur von ſolchen Dotalgrundſtücken verſtanden werden, welche nach getrennter Ehe in Natur zu reſtituiren ſind, wenn ſie auch auf dieſen Fall taxationis gratia wären geſchätzt worden. Denn ſind ſie venditionis gratia gewürdert worden, ſo daß nach getrennter Ehe blos der durch die Schätzung beſtimmte Werth zu vergüten iſt, ſo macht blos der Kaufpreis, welchen der Mann ſchuldig geworden iſt, das Heyrathsgut aus[53], das Eigenthum des Dotalguts hingegen iſt mit allen ſeinen Rechten auf den Ehemann übergegangen, welcher daher auch ſolches zu verpfänden befugt iſt[54]. Denn ſo reſcribirte ſchon vor Juſtinian Kaiſer Alexander *L. 6. Cod. de Uſufructu:* Qui proprietatem aestimatam in dotem accepit, non ideo minus obligare eam potuit, *quoniam soluto matrimonio restituenda tibi aestimatio eius fuit.* Und hierin hat Juſtinian das ältere Recht nicht abändern wollen. Es erſtreckt ſich vielmehr die der Frau zuſtehende Hypothek nun auch auf ihre eigenen dem Mann zugebrachten Dotalgüter, weil dieſe durch die Verkaufs wegen geſchehene Würderung ein wahres und vollkommenes Eigenthum des Mannes geworden ſind. So wie nun die Frau nach einer Verordnung

53) *L. 5. et L. 10. Cod. de iure dot.*

54) S. Geiger's und Glück's merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Band Nr. XXXI. §. 2. ff.

ordnung des Kaiſers Philippus [55]) ſich ihres Pfandrechts an den Gütern ihres Mannes auch während der Ehe begeben kann; ſo kann ſie auch nun zu dieſem Zweck in die Veräußerung der ihrem Mann käuflich überlaſſenen Dotalgrundſtücke auf eine gültige Art einwilligen. Dieß iſt es, was Juſtinian in den folgenden Worten des §. 15. *L. un. Cod. de rei uxor. act.* ſagt: Licet enim *Anastasiana lex* [56]) de consentientibus mulieribus vel suo iuri renunciantibus loquatur: tamen eam intelligi oportet *in rebus mariti, vel dotis quidem aestimatis, in quibus dominium et periculum mariti est.* In fundo autem non aestimato, qui et *dotalis* proprie nuncupatur, maneat ius intactum, *ex Lege quidem Iulia* imperfectum, ex nostra autem auctoritate plenum, atque in omnibus terris effusum, non tantum Italicis, et sola hypotheca conclusum. Zu den Sachen, welche nicht veräuſſert, und alſo auch nicht verpfändet werden dürfen, rechnet man ferner noch gewöhnlich

7) die

55) *L. 11. Cod. ad Senatuscons. Vellejan.* Etiam constante matrimonio ius hypothecarum, seu pignorum marito remitti posse, explorati iuris est. S. *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANNI Diss. de remissione pignoris uxori in bonis mariti competentis absque iureiurando valida. *Lipsiae* 1773. (in Adversar. iur. univ. Lib. I. cap. 7. pag. 122. sqq.

56) Unter dieſer *Lex Anastasiana* verſteht Juſtinian die *L. 21. Cod. ad SCtum Vellejan.* wo Kaiſer Anaſtaſius verordnet: Iubemus, licere mulieribus et pro uno contractu, vel certis contractibus, seu pro una vel certis personis seu rebus, *iuri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare:* quodque *ita* gestum sit, hac auctoritate nostra firmum illibatumque custodiri.

7) die Waffen der Soldaten, und die Ackerbaugeräthſchaften der Landleute [57]). Allein den Soldaten iſt die Veräußerung der Waffen ſchon darum bey Strafe verboten [58]), weil ſie ihnen nicht gehören; und den Landleuten ſollen nur die nöthigen Ackerbaugeräthſchaften bey der Execution nicht abgepfändet werden [59]), welches aber eine freywillige Verpfändung derſelben nicht ausſchließt [60]). Man nimmt auch ſelbſt bey der Execution die Fälle aus, wenn der Landmann ſeines Guths entſetzt wird, und er alſo von ſeinem Ackergeräthſchaften keinen Gebrauch mehr machen kann, oder kein anderes Object der Execution vorhanden iſt [61]). Man behauptet überdem mit Recht, daß unter der Verpfändung des Landguts auch alle dazu gehörigen Geräthſchaften begriffen ſind [62]). Endlich war noch

8) durch

57) VOET Comm. h. t. §. 2. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. §. *Demonstrato*. (Oper. Tom. II. pag. 439.) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. MALBLANC Princip. iur. Rom. Part. II. Sect. II. §. 567. HOFACKER Princip. iuris Rom. Germ. Tom. II. §. 1173.

58) *L.* 3. §. 13. *L.* 14. §. 1. *D. de re militari. God.* STEWECHIUS Commentar. ad Vegetium de re militari Lib. II. Cap. 14.

59) *L.* 7. *et* 8. *Cod. h. t. Nov. XXXII.* et *Nov. XXXIV. Authent.* Agricultores. *Cod. h. t.* QUINCTILIANUS *Institut. orator. Lib. VII. cap.* 8. ſagt jedoch: Aratrum accipere pignori non licet.

60) Geſterding Pfandrecht. §. 10. S. 86.

61) Weſtphals Pfandrecht §. 50. Not. 69. c.

62) *L.* 32. *D. de pignorib.* VOET h. t. §. 2. in fine.

8) durch eine Verordnung des Kaiſers Alexander Severus verboten, daß Niemand den Preis des Sieges, den er etwa in öffentlichen Kampfſpielen davon tragen möchte, im Voraus verpfänden ſolle. Es iſt die *L. 5. Cod. h. t.* wo es heißt: Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athletis pensitanda sunt, privata pactione pignorari, minime admittendum est. Zur Zeit der heidniſchen Römer wurden ſolche gymnaſtiſche Spiele zur Ehre der Götter angeordnet, und hießen daher *sacra certamina* [63]), ſo wie die zum Preiſe erhaltenen Cronen, *coronae sacrae* [64]). In der Verordnung des Kaiſers Alexanders wird jedoch das Wort *coronae* für den errungenen Sieg ſelbſt genommen [65]). Die Prämien, deren das Geſetz gedenkt, beſtanden in gewiſſen jährlichen Einkünften an Gelde oder Naturalien, welche die Sieger auf ihre ganze Lebenszeit von ihrer Geburtsſtadt erhielten [66]). Hatten die Sieger dieſe Prämien einmal erhalten, ſo konnten ſie auch verpfändet werden [67]), nur nicht

63) QUINCTILIANUS Institut. Orator. Lib. IX. Cap. 4. ULPIANUS *L. 4. pr. D. de his, qui notant. infamia.*

64) PAPINIANUS *L. 40. D. de re iudicata.*

65) *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. L. XX. Tit. 1. Tom. II. *Operum* pag. 440.

66) S. *Pet.* FABRI *Agonistic.* Lib. II. cap. 17.

67) Es konnte auch die Execution durch eine gerichtliche Pfändung in die Prämien vollſtreckt werden, wie Papinian ſagt *L. 40. D. de re iudicata.* Commodis praemiorum, quae propter coronas sacras praestantur, condemnato placuit interdici, et eam pecuniam iure pignoris in causam iudicati capi. *Conr.* RITTERSHUSII Ius Iustinian. P. III. Cap. VIII. §. 6.

nicht die erſt wegen eines künftigen Sieges noch zu hoffenden, damit nicht der Muth der Athleten, den Preis zu erringen, geſchwächt werde, wenn ſie gewußt, daß er nicht ihnen, ſondern dem Gläubiger zu Theil werde [68]). Daher gieng auch nicht einmahl eine allgemeine Conventional-Hypothek auf einen erſt künftig noch zu erhaltenden Preis, wie ebenfalls Kaiſer **Alexander** in der angeführten Conſtitution verordnet: et ideo nec, si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet.

§. 1092.

Die Feyerlichkeiten der Veräuſſerung werden auch bey Verpfändungen erfordert. Verpfändung einer gemeinſchaftlichen Sache.

Sachen der Pupillen und Minderjährigen, wie auch Sachen der Kirchen, und anderer frommen Stiftungen, welche nicht anders veräuſſert werden können, als wenn die dabey vorgeſchriebene geſetzliche Form beobachtet wird, können auch nicht anders, als mit Beobachtung dieſer Form verpfändet werden [69]). Die Verpfändung der unbeweglichen Sachen und derer, welche dieſen gleichgeachtet werden, gilt daher nicht ohne Genehmigung der Obrigkeit. Durch eine Verordnung des Kaiſers **Gordian** [70]) wurde das Veräußerungsverbot des Kaiſers **Severus** von den Gütern

68) S. **Weſtphals** Pfandrecht. §. 128. Not. 152.

69) *L. 1. pr. et §. 1. et 2. D. de rebus eorum, qui sub tutela, vel cura sunt. L. 22. Cod. de administr. tutor. Cap. 5. X. de rebus eccles. non alienand. I. H.* BOEHMERI Ius eccles. Protestant. Lib. III. Tit. 21. §. 1.

70) *L. 2. Cod. de curatore furiosi.*

tern der Pupillen und Minderjährigen auch auf die Güter der unter der Curatel ſtehenden Wahnſinnigen ausgedehnt. Geſetzliche Hypotheken haften jedoch auf ſolchen Gütern eben ſo gut, wie auf andern [71]). Auch kann ein richterliches Pfandrecht an ſolchen Gütern beſtellt werden [72]).

Wird eine gemeinſchaftliche Sache verpfändet, ſo geſchieht es entweder mit Einwilligung aller Intereſſenten; dann erſtreckt ſich das Pfandrecht auf die ganze Sache; oder es geſchieht von einem ohne Einwilligung der übrigen. Hier gilt das Pfandrecht nur in Anſehung des Antheils, welcher dem Verpfänder an der Sache zuſteht [73]). Denn er konnte nur ſeinen Antheil, nicht aber den Antheil ſeines Miteigenthümers verpfänden [74]). Es erſtreckt ſich aber doch dieſes Pfandrecht, da der Antheil des Verpfänders an der ungetheilten gemeinſchaftlichen Sache ein blos intellectueller iſt, nach dem Verhältniß deſſelben über die ganze Sache dergeſtalt, daß wenn in der Folge die Sache unter den Miteigenthümern getheilt wird, der Gläubiger ſein Pfandrecht an beyden abgeſonderten Antheilen zur

71) *L. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Weſtphals Pfandrecht §. 126. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrechte. §. 32. und §. 33.

72) *L. 3. §. 1. D. eod. L. 1. Cod. de praed. et aliis rebus minor. sine decreto non alienandis vel obligandis.*

73) *L. un. Cod. Si communis res pignori data sit. Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. iuris civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 32.

74) *L. 2. Cod. Communi dividundo. L. un. Cod. Si communis res pignori data sit.*

zur Hälfte deren Werths verfolgen kann. Denn die Theilung kann dem Gläubiger nicht zum Nachtheil gereichen[75]. Nun war dem Gläubiger vor der Theilung der Antheil des Verpfänders pro indiviso verpfändet, dieſer iſt aber nicht derjenige, welchen jetzt der Verpfänder durch die Theilung erhalten hat; (denn dieſer iſt beſtimmt, und in Gränzen eingeſchloſſen) ſondern welchen er damals hatte. Dieſer bleibt alſo auch noch nach der Theilung, als ein idealer Theil, pro indiviso dem Gläubiger verpfändet, und ſo erklärt ſich's denn, warum das Pfandrecht des Gläubigers an beyden abgetheilten Hälften der gemeinſchaftlich geweſenen Sache zur Hälfte des Werths eines jeden derſelben fortdauernd bleibt. Denn die Theilung konnte das Pfandrecht nicht ändern, da ſie eine Art der Veräußerung iſt[76], bey welcher der Grundſatz gilt, res transit cum suo onere[77]. Es gehören hierher folgende Geſetzſtellen.

L. 7. §. 4. *D. Quibus modis pignus solvitur.* CAIUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed

75) *L.* 15. *Cod. de pignorib. et hyp.*

76) *L.* 1. *Cod. Communia utriusque iudicii.* Divisionem praediorum *vicem emtionis* obtinere placuit.

77) *L.* 18. §. 2. *D. de pigner. act.* S. *Iac.* CUJACIUS ad Libr. XI. Responsor. Papiniani ad §. ult. L. 3. D. Qui potior. in pignore.

sed utrinque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.

L. 3. §. 2. *D. Qui potiores in pignore.* PAPINIANUS *Libro XI. Responsorum.* Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut si frater agri portionem pro indiviso pignori datam, a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intelligi contractum existimavi. Sed priorem secundo non esse potiorem: quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare.

In der letztern Stelle hatte der eine Bruder ſeinen Antheil an einem gemeinſchaftlichen Grundſtück vor der Theilung ſeinem Gläubiger verpfändet. Deswegen gebrauchte der andere Bruder bey der nachher erfolgten Theilung die Vorſicht, daß er ſich von dem erſtern auf den Fall Sicherheit leiſten ließ, da ihn der Gläubiger deſſelben auf die Hälfte des Werths ſeines durch die Theilung erhaltenen Theils in Anſpruch nehmen ſollte[78]). Dieſe Sicherheit beſtand darin, daß er die Hälfte des Antheils ſeines Bruders ſollte veräußern dürfen, wenn er ihn

78) Dergleichen Cautionen bey Theilung gemeinſchaftlicher Sachen, beſonders wegen der Evictionsleiſtung, waren ſehr gewöhnlich und ſind daher auch noch jetzt anzurathen. *L.* 16. *L.* 20. *D. Communi dividundo.* *L.* 66. §. 3. *D. de evict.* *L.* 13. §. 17. *D. de act. emti et vend.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 6. §. 8. D. Communi div.

ihn nicht von den Anſprüchen ſeines Gläubigers befreiet hätte. Es war alſo eine hypothekariſche Sicherheit, deren weſentliche Wirkung in dem Veräußerungsrechte beſteht. Der Gläubiger des Schuldners nahm nachher wirklich den Bruder deſſelben auf die Hälfte des Werths ſeines Antheils in Anſpruch, und er mußte bezahlen. Indem nun der Bruder, ſeiner Schadloßhaltung wegen, die ihm beſtellte hypothekariſche Sicherheit gegen ſeinen Bruder geltend macht, verfolgt auch der Gläubiger das ihm ertheilte Pfandrecht gegen eben denſelben an der Hälfte des Werths ſeines Antheils. Eine Frage, welcher von dieſen beyden hypothekariſchen Gläubigern hier vorgehe, konnte, wie Papinian mit Recht ſagt, hier gar nicht entſtehen Denn die Hypothek des Bruders haftete auf einem Theile ſeines Antheils, welchen der Schuldner ſeinem Gläubiger nicht verpfändet hatte, noch verpfänden konnte [79]).

L. 6. §. 8. D. Communi dividundo. ULPIANUS *libro XIX. ad Edictum.* Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo: sed ius pignoris creditori manebit, etiamsi adjudicatus fuerit. Nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem aestimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, IULIANUS ait.

Hat ein Miteigenthümer ſeinen Antheil an der gemeinſchaftlichen Sache dem andern Miteigenthümer verpfändet,

79) S. Weſtphals Pfandrecht §. 108. Not. 129.

pfändet, und der Schuldner klagt auf Theilung, ſo kann ihm der Gläubiger die Einrede entgegenſetzen, daß er erſt die Schuld bezahle. Schützt er dieſe Einrede nicht vor, und die Theilung geſchieht durch Adjudication, ſo wird die gemeinſchaftliche Sache entweder dem Schuldner, oder dem Gläubiger zugeſchlagen. Im erſten Fall bezahlt der Schuldner dem Gläubiger ſeinen Antheil, das Pfandrecht bleibt dann fortdauernd. In dem letztern Falle giebt er dem Schuldner noch ſoviel heraus, als ſein Antheil mehr werth iſt, wie die Schuld beträgt, und quittirt ihn dann über die Schuld, wie der folgende §. 9. der *L. 6. D. Communi dividundo* lehrt:

Idem IULIANUS scribit, si is, cum quo servum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit, et communi dividundo agere coeperit, *pigneratitia exceptione* eum summoveri debere: sed, si exceptione usus non fuero, officium iudicis erit, ut, cum debitori totum hominem adjudicaverit, partis aestimatione eum condemnet: *manere enim integrum ius pignoris.* Quodsi adjudicaverit iudex mihi, tanti duntaxat me condemnet, quanto pluris pignus sit, quam pecunia credita, et debitorem a me iubeat liberari.

Lib. XX. Tit. IV.

Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

§. 1093.

Ordnung der Gläubiger nach dem Verhältniß der Zeit.

Wenn mehreren Gläubigern an demſelben Object ein Pfandrecht zuſteht, und das verpfändete Vermögen zu aller Befriedigung nicht zureicht, ſo werden die Gläubiger nach einer gewiſſen Ordnung claſſificirt, in welcher ſie, ſo weit es möglich iſt, ihre Befriedigung erhalten. Dieſe Ordnung iſt nun zunächſt und in der Regel nach dem Verhältniß der Zeit zu beſtimmen, da das Pfandrecht beſtellet ward. Nun laſſen ſich folgende Fälle gedenken.

I. Es haben mehrere Gläubiger ein Pfandrecht auf der nämlichen Sache des Schuldners zu gleicher Zeit erhalten. Hier kommt es darauf an,

1) ob die Sache einem Jedem derſelben in solidum verpfändet worden iſt. In dieſem Falle bedienen ſie ſich zwar ihres Rechts gegen den Schuldner, oder gegen einen Dritten in solidum; im Verhältniß zu einander aber geben die Geſetze demjenigen Gläubiger den Vorzug, welcher ſich in dem Beſitz des Pfandes befindet, ſo daß dieſer den Beſitz des Pfandes, ehe und bevor er ſeine Bezahlung erhalten hat, dem andern Gläubiger abzutreten nicht genöthiget werden kann [80]). Dieſes beſtättiget folgende Stelle.

L. 10.

80) *Iac.* CUJACIUS lib. V. Observation. cap. 24. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 29. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 114. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1205. Anderer Meinung iſt jedoch VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

L. 10. D. de pignorib. ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique *in solidum* obligatae essent: singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quaestio moveatur, *possidentis meliorem esse conditionem.* Dabitur enim possidenti haec exceptio: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.*

Iſt keiner von den Gläubigern in dem Beſitz des Pfandes, ſo haben ſie alle ein gleiches Recht, und werden nach dem Verhältniß ihrer Forderungen befriediget [81]).

2) Es iſt ausgemacht, daß jeder von den Gläubigern ſein Pfandrecht nur an einem Theile der Sache haben ſolle. Hier kann von einer Colliſion nicht die Frage ſeyn, weil jeder ſich ſeines Rechts in Anſehung des ihm angewieſenen Theils bedient. Die hypothekariſche Klage hat in dieſem Falle ſowohl unter den Gläubigern ſelbſt, als gegen den dritten Beſitzer Statt, mit welcher jeder von den Gläubigern auf die Abtretung ſeines Antheils klagt. Eben dieſes lehrt Ulpian, wenn er in der angeführten Stelle fortfährt: Si autem id actum fuerit, ut *pro partibus* res obligarentur, utilem actionem competere, et inter ipsos, adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli.

Beyde Fälle entſcheidet auf die nämliche Art auch Julian lib. 49. Digestorum, woraus *L. 1. §. 1. D. de Salviano Interdicto* genommen iſt.

3) Den mehreren Gläubigern iſt dieſelbe Sache ſchlechthin und ohne weitere Beſtimmung verpfändet worden; hier iſt anzunehmen, als ſey jedem die Sache nach dem Verhältniß der Größe ſeiner Forderung verpfändet.

L. 16. §. 8. D. de pignorib. MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis quaeritur? Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum.

81) S. Weſtphals Pfandrecht. §. 153. Not. 174. S. 322. f.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 19,1

Erlangen 1817

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(19#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439055-4
VD18 10657126-002